

2018

MÓDULO 12: VALORACIÓN DE LA PRUEBA



ESCUELA DE JUECES DEL ESTADO
UNIDAD DE FORMACIÓN Y ESPECIALIZACIÓN



ÍNDICE DEL MÓDULO

Introducción

Desarrollo de los Contenidos

UNIDAD DIDÁCTICA 1

BASES Y FUNDAMENTOS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN NUESTRO MODELO CONSTITUCIONAL APLICABLE A LA PREMISA FÁCTICA

1.1. Delimitación del objeto de estudio en este tema

1.2. Bases y fundamentos de la argumentación jurídica en el Estado Constitucional y Plurinacional *aplicable a la premisa fáctica*

UNIDAD DIDACTICA 2

DETERMINACIÓN DE LA PREMISA FÁCTICA

2.1. Delimitación del objeto de estudio en este tema

2.2. Problemas que plantea la premisa fáctica

2.3. Problemas de prueba: El juicio de hecho

2.3.1. La prueba judicial: Su concepción en nuestro modelo de Estado

2.3.2. Contexto del descubrimiento y de la justificación en el juicio de hecho

2.3.3. Las razones explicativas y las razones justificativas en el juicio de hecho

2.3.4. Una aproximación a la definición de valoración racional de la prueba judicial

2.4. Problemas de calificación

2.5. El esquema práctico argumentativo de la premisa fáctica dentro del esquema total de la argumentación jurídica.

UNIDAD DIDÁCTICA 3

EL JUICIO DE HECHO Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA JUDICIAL

3.1. Delimitación del objeto de estudio en este tema

3.2. La justificación *interna* de los hechos probados a través de un razonamiento prevalentemente lógico inductivo

3.2.1. La valoración de la prueba judicial a través de un procedimiento probatorio deductivo

3.2.2. La valoración de la prueba judicial a través de un procedimiento probatorio inductivo

3.2.3. Reglas de valoración de la prueba en el procedimiento probatorio inductivo y su justificación

A. Requisito de la confirmación

B. Requisito de la no refutación

C. Requisito de la mayor probabilidad que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos

3.3. La valoración de los diferentes medios de prueba

3.3.1. La valoración judicial de la declaración de las personas en calidad de partes o testigos.

3.3.2. La valoración judicial de la prueba pericial

3.3.3. La valoración judicial de la prueba documental

3.4. La revisión de la valoración de la prueba por la justicia constitucional

UNIDAD DIDÁCTICA 4

EL JUICIO DE HECHO Y LA JUSTIFICACIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

4.1. Delimitación del objeto de estudio en este tema

4.2. La importancia de motivar las decisiones probatorias

A. La fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales como parte del derecho-garantía al debido proceso

B. Los estándares del sistema universal e interamericano sobre la fundamentación y motivación de las resoluciones

C. Las exigencias de motivación en la jurisprudencia constitucional

4.3. Los componentes básicos de la motivación de la premisa fáctica: La técnica analítica

UNIDAD DIDÁCTICA 5

EL CARÁCTER INSTITUCIONALIZADO DE LA PRUEBA JUDICIAL

5.1. Delimitación del objeto de estudio en este tema

5.2. Reglas o limitaciones a la prueba judicial

5.2.1. Límites de la actividad probatoria fundados en la protección de otros derechos fundamentales y garantías constitucionales: La prueba ilícita

A. Límites probatorios en el contexto del descubrimiento

B. Límites probatorios en el contexto de la justificación

C. Distinción y conexitud entre “fuentes” de prueba (contexto del descubrimiento) y “medios” de prueba (contexto de la justificación)

D. La prueba ilícita y la regla de exclusión probatoria en materia penal

5.2.2. Otros límites de la actividad probatoria que se fundan en ritualidades y formalidades procesales

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

En este Módulo se continuará con el estudio de la argumentación jurídica, fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales, empero, esta vez, dirigida a la construcción de la premisa fáctica, por ello, se encontrarán cinco temas sobre el razonamiento que tiene que seguir la autoridad jurisdiccional en torno a la valoración de la prueba, su justificación, los límites de la actividad probatoria, que constituyen temas centrales para la determinación de la premisa fáctica.

En ese orden, en el **primer tema** se recapitula las bases y fundamentos de la argumentación jurídica en nuestro modelo constitucional con el objetivo de construir una metodología propia que permita elaborar decisiones judiciales que contengan una debida justificación no sólo del *juicio de derecho -que ya fue estudiado en el Módulo anterior sobre la Argumentación Jurídica, fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales-* sino también del *juicio de hecho* a efectos de que la labor del juez al momento de resolver los problemas vinculados a la premisa fáctica evite su “discrecionalidad extrema” o la “pura y simple arbitrariedad judicial”.

En el **segundo tema** concerniente a la **determinación de la premisa fáctica**, se estudia la importancia de fijar la premisa fáctica desde el punto de vista racional, partiendo de los problemas que plantea su determinación.

El **tercer tema** que refiere al **juicio de hecho y la valoración de la prueba**, está destinado al estudio de la primera parte del juicio de hecho, es decir, sobre cómo los jueces toman racionalmente la “decisión sobre los hechos probados” que es coincidente con la “valoración de la prueba judicial” -el núcleo del juicio de hecho- que consistente en “afirmar que tal hipótesis sobre los hechos está o no probada”, es decir, cuál es el proceso que debe seguir el juez para tomar esa decisión o, lo que es lo mismo, responderemos a la pregunta **cómo se ha llegado** racionalmente a afirmar que tal hipótesis sobre los hechos está o no probada, tema vinculado a la *justificación interna*, atendiendo los tres requisitos que debe contrastar la autoridad judicial, esto es, de la confirmación, de la no refutación y de la mayor probabilidad que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos; asimismo se estudia la valoración de los diferentes medios de prueba, como la declaración de las personas en calidad de partes o testigos, de la prueba pericial, la prueba documental, etc.

En el **cuarto tema** sobre el **juicio de hecho y la justificación de la valoración de la prueba**, se desarrolla cómo se justifica, cómo se motiva esa decisión probatoria, esa valoración judicial de la prueba, con qué tipo de razones jurídicas se va a justificar esa decisión que responda a la pregunta **cuáles son las razones** que justifican esa hipótesis sobre los hechos, aspecto vinculado a la *justificación externa*.

Por último, en el **quinto tema** que lleva por título **el carácter institucionalizado de la prueba judicial**, se estudia los límites de la actividad probatoria, a partir de un análisis

crítico desde la Constitución, por cuanto algunas reglas procesales o límites probatorios en nada contribuyen a la averiguación de la verdad y por el contrario la dificultan o entorpecen, en razón a que no son otra cosa que un cúmulo de formalidades especialmente si las contrastamos con el principio constitucional de verdad material previsto en el art. 180 de la CPE, lo que no ocurre con los límites fundados en la protección de derechos y garantías que contribuyen a la averiguación de la verdad y que garantizan la calidad del conocimiento de los hechos.

DESARROLLO DE CONTENIDOS



UNIDAD DIDÁCTICA 1:

BASES Y FUNDAMENTOS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN NUESTRO MODELO CONSTITUCIONAL APLICABLES A LA PREMISA FÁCTICA

1.1. Delimitación del objeto de estudio en este tema

Recordemos que nuestro modelo de Estado que comparte las características de un Estado Constitucional, aunque con rasgos propios que derivan de su carácter plurinacional, intercultural y comunitario, exige en el ámbito judicial adoptar una nueva metodología jurídica de estudiar el Derecho y los derechos que tiene como núcleo central la argumentación jurídica, lo que ciertamente implica un cambio de enfoque en la aplicación judicial de la Constitución y los derechos que no se reduce a conocer únicamente las normas sustantivas o procesales o, las provenientes del Derecho jurisprudencial sino fundamentalmente a razonar cómo deben aplicarse las mismas.

En ese orden, en este tema recapitularemos brevemente las bases y fundamentos de la argumentación jurídica en nuestro modelo constitucional con el objetivo de construir una metodología propia que permita elaborar decisiones judiciales que contengan una debida justificación no sólo del *juicio de derecho* -que ya fue estudiado en el *Módulo Argumentación Jurídica, fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales*- sino también del *juicio de hecho* a efectos de que la labor del juez al momento de resolver los problemas vinculados a la premisa fáctica evite su “discrecionalidad extrema” o la “pura y simple arbitrariedad judicial”, dado que es innegable que el tema de la valoración de la prueba es un espacio de decisión judicial muy importante al momento de resolver un caso concreto y, por lo mismo, la autoridad jurisdiccional debe desplegar una labor argumentativa coherente no sólo respecto de las normas que va a aplicar sino también de los hechos que va a declarar como probados aplicando las reglas de la lógica -que en el caso de la prueba es prevalentemente inductiva- pero primordialmente tomando en cuenta las razones de las normas o leyes provenientes de diferentes niveles normativos con la razones de la Constitución y las normas del bloque de constitucional.

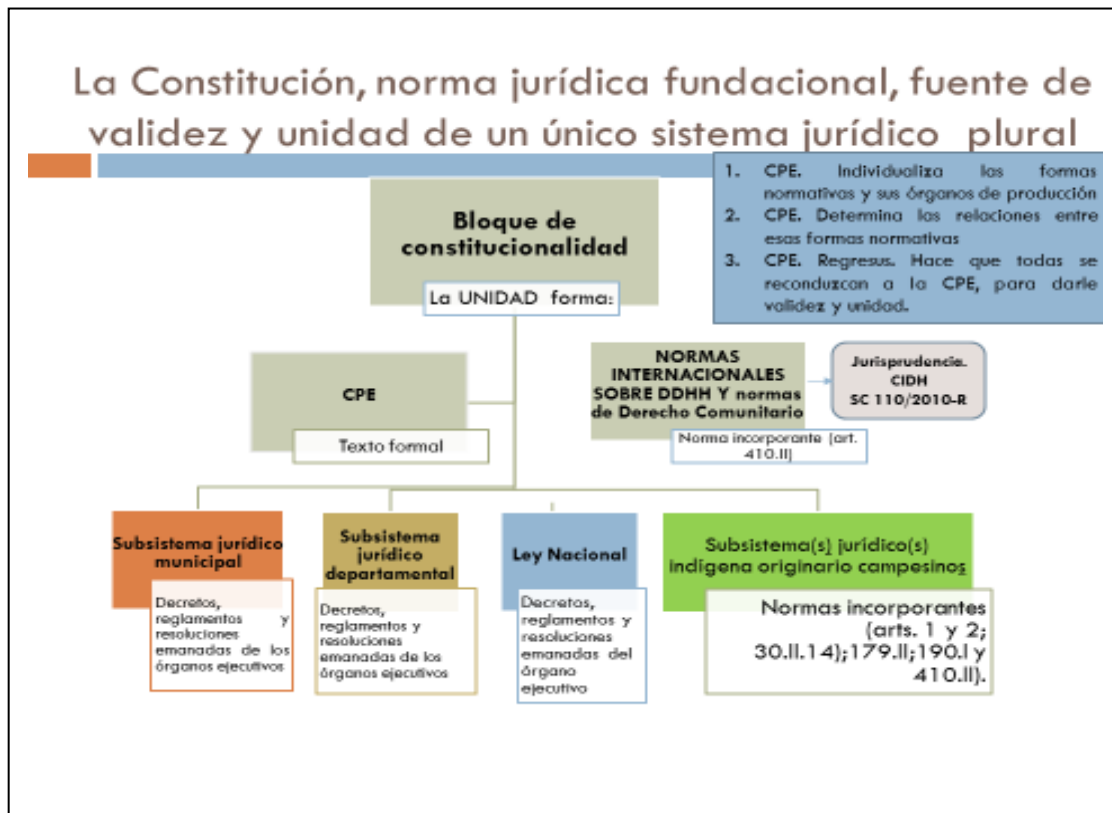
1.2. Bases y fundamentos de la argumentación jurídica en el Estado Constitucional y Plurinacional *aplicable a la premisa fáctica*

La comprensión de las bases y fundamentos de la argumentación jurídica en nuestro modelo de Estado se extraen a partir de la verificación sus rasgos esenciales con consecuencias jurídicas prácticas relevantes en la decisión judicial, no sólo cuando se realiza el *juicio de derecho* para la construcción de la premisa normativa, sino también cuando se realiza el *juicio de hecho* o, la valoración judicial de la prueba y en la justificación o motivación de esa decisión. Estas bases y fundamentos son:

PRIMERA BASE: (1) La Constitución es una norma jurídica fundacional de un único sistema jurídico plural, en la medida de su efectividad para dotar de validez y unidad a la pluralidad de normas y jurisdicciones que lo integran, que exige la comprensión del nuevo sistema de fuentes a partir del Estado autonómico, de la plurinacionalidad, el pluralismo jurídico y la interculturalidad, fuentes que permiten entender las relaciones entre los subsistemas jurídicos municipal, departamental y el indígena originario campesino. Este último, quiebra la idea que a un Estado le corresponde un sólo sistema jurídico o derecho y toda otra norma que no proviniera del Estado es considerada como costumbre y, en tal sentido, sólo fuente supletoria del derecho.

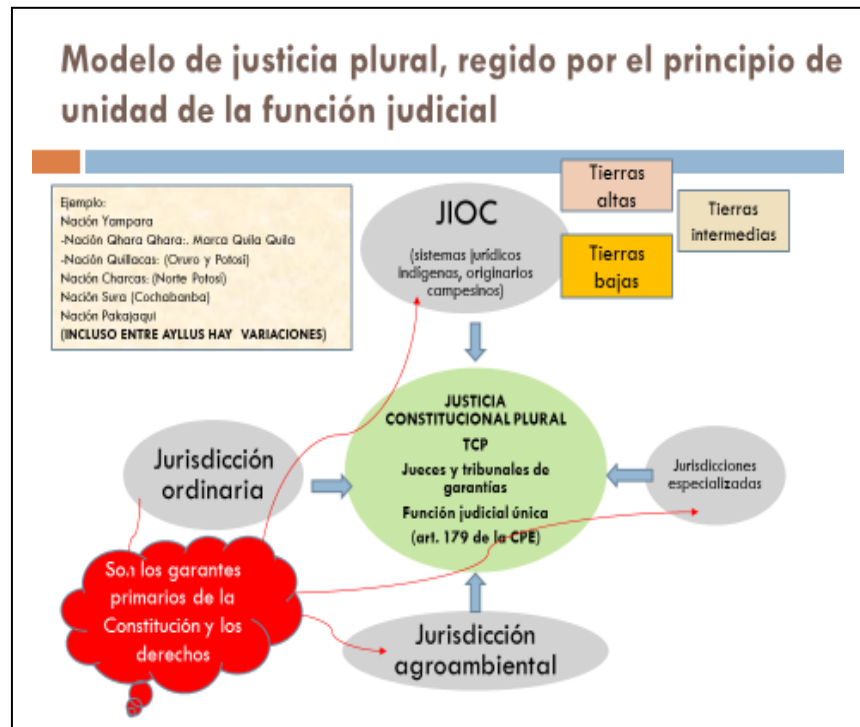


La teoría de la argumentación jurídica contribuye al juez a razonar los conocimientos que tiene sobre las normas sustantivas y procesales así como las provenientes del Derecho jurisprudencial y a efectuar un autoanálisis de su decisión judicial, que demuestren que aplicó rigurosamente las reglas de la lógica - que en el caso de la prueba es prevalentemente inductiva- pero primordialmente que la autoridad jurisdiccional tomó en cuenta las razones de las normas o leyes provenientes de diferentes niveles normativos con la razones de la Constitución y las normas del bloque de constitucional.



SEGUNDA BASE: (2) La Constitución es una norma jurídica directamente aplicable y justiciable, por:

(2.a) El Tribunal Constitucional Plurinacional, órgano final de aplicación, salvaguarda y garantía de la Constitución y de los derechos fundamentales individuales y colectivos, que tiene naturaleza judicial y es de composición plurinacional; sin exclusión y, por el contrario, de forma compartida con los jueces y tribunales de garantías - que aún no tienen conformación plural¹- y;



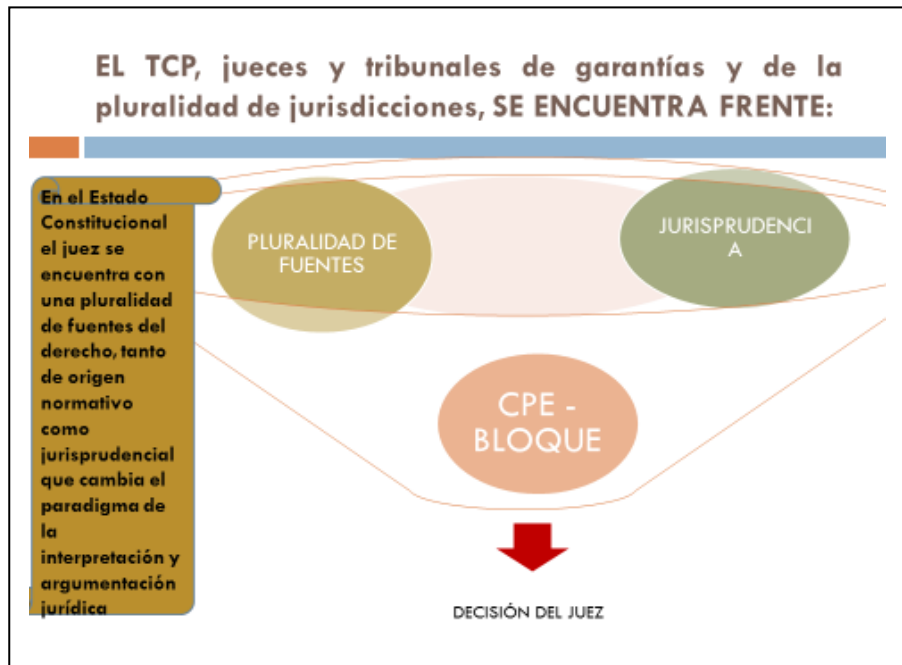
(2.b) los jueces de la pluralidad de jurisdicciones, en especial, por los órganos jurisdiccionales de cierre como son el Tribunal Supremo de Justicia y el Tribunal Agroambiental, **que se constituyen en los garantes primarios de la Constitución y los derechos** (conforme lo entendió la SCP 0112/2012²) que conforman la función judicial única (art. 179 de la CPE), bajo la cual se resguarda la unidad del sistema jurídico plural, en un modelo de justicia plural, regido por el principio de unidad de la función judicial. Esta pluralidad de jurisdicciones está compuesta por los órganos judiciales formales competentes (jurisdicción ordinaria, jurisdicción agroambiental y jurisdicciones especializadas -en materia administrativa, coactiva, tributaria, fiscal, de la niñez y adolescencia etc.-) y también de las naciones y pueblos indígenas originario

¹ La defensa de la Constitución normativa por jueces de composición plural, conforme al diseño constitucional, aún no ha quedado resuelta en la conformación de los tribunales de garantías que conocen y sustancian las acciones de defensa: amparo constitucional, de libertad, de protección a la libertad, de cumplimiento y popular- no obstante constituirse en las autoridades que administrarán justicia constitucional primaria. Hasta ahora su conformación es únicamente por autoridades judiciales provenientes del sistema jurídico ordinario, quedando por tanto inexistente la participación de las autoridades indígenas originarias campesinas en la justicia constitucional primaria. Este panorama debilita notablemente el pluralismo jurídico de tipo igualitario tan fuertemente proclamado en el texto constitucional y por lo tanto se convierte en el talón de Aquiles de la defensa de la Constitución plural e intercultural.

² La SCP 0112/2012, señala que la responsabilidad de garantía primaria de los derechos fundamentales recae en las autoridades jurisdiccionales de la pluralidad de jurisdicciones, por lo mismo, ya no es monopolio del Tribunal Constitucional Plurinacional, que no deja de ser su principal garante. Disponible en: [https://buscador.tcpbolivia.bo/\(S\(ohwguf5nehyzhtozqxa4rweb\)\)/WfrResoluciones.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(ohwguf5nehyzhtozqxa4rweb))/WfrResoluciones.aspx).

campesinos a través de sus autoridades naturales (jurisdicción indígena originaria campesina).

TERCERA BASE: (3) El Tribunal Constitucional Plurinacional, como órgano final de aplicación salvaguarda y garantía de la Constitución normativa y de los derechos fundamentales produce decisiones autoritativas sobre el significado jurídico de la Constitución en base a los principios, valores, derechos fundamentales y garantías constitucionales plurales reconocidos en ella y reconstruidos interculturalmente vía



jurisprudencia a través del control de constitucionalidad plural³, con una vinculatoriedad razonada de sus precedentes a partir del estándar más alto de protección (SCP 2233/2013)⁴, que exige: **(3.a)** un cambio de paradigma en la labor interpretativa y argumentativa que incide en la justificación de la decisión judicial, en su fundamentación y motivación⁵ **(3.b)** una completitud de los métodos, criterios y principios de interpretación, esto es, más aplicación de principios que reglas, más ponderación que subsunción, teniendo en cuenta el fuerte contenido plural e intercultural que impone la misma Constitución.

³ El control plural de constitucionalidad, comprende: a) El control normativo de constitucional; b) El control competencial y c) El control del respeto a los derechos fundamentales (individuales y colectivos) y garantías constitucionales, a través de las acciones de defensa como son: acción de libertad, de amparo constitucional, de protección a la privacidad, popular y de cumplimiento.

⁴ La SCP 2233/2013 reiterada por la SCP 087/2014, desarrolla la teoría del estándar jurisprudencial más alto de protección y a partir de ello comprende -el propio Tribunal Constitucional Plurinacional -que la vinculatoriedad a la jurisprudencia constitucional es razonada, que significa que el precedente constitucional vigente no es el último en términos de temporalidad sino el que contenga el estándar más alto de protección a los derechos.

⁵ La justificación de la decisión judicial supone la justificación de la premisa normativa través de una adecuada fundamentación de la norma que va a aplicarse y, una debida motivación de la premisa fáctica sobre la decisión de los hechos probados.

Es importante recordar que la comprensión de las bases y fundamentos de la argumentación jurídica en nuestro modelo de Estado supone el conocimiento previo de temas básicos, que ya fueron abundantemente desarrollados en módulos anteriores, pero que con efectos pedagógicos se los recapitula brevemente, con un enfoque en el ámbito de la prueba.

a. La Constitución como una norma jurídica

Entre los cambios trascendentales que supone el Estado Constitucional, se encuentra el



considerar a **la Constitución como una norma jurídica** y, por tanto directamente aplicable, gozando de directa justiciabilidad los derechos inscritos en ella y en las normas del bloque de constitucionalidad; aspectos que redimensionan la figura del juez pues tiene que someter a control permanente las disposiciones legales a aplicar, para determinar su compatibilidad con la norma suprema y las normas del bloque de constitucionalidad; análisis al que no se sometía la autoridad judicial en el Estado legislado de derecho, en el que la Constitución, tenía solo un carácter declarativo y por tanto, sólo tenía aplicación efectiva a través de la ley, sin cuya intermediación no tenía validez de norma jurídica.

Nótese que en el ámbito de la jurisdicción, en el Estado legislado de derecho, existe un sometimiento al principio de legalidad como única fuente de legitimación de su actuación

y, en ese ámbito el juez, era concebido como mero aplicador de la ley, como “la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”⁶; en cambio, en el Estado Constitucional, como anota Pedro Talavera, “la lógica del principio de legalidad (sumisión del juez a la ley) tradicionalmente sostenida por el positivismo europeo, de acuerdo con la teoría garantista se transmuta en el principio de constitucionalidad (vinculación del juez a los

⁶ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*. 9ª ed. Ed. Porrúa, 1992. Libro XI, cap. vi, pp. 104-110.

valores, principios y derechos consagrados en la constitución, más allá de la ley)”⁷. De ahí que es evidente el tránsito del imperio de la ley al de la Constitución y subordinada a ella, la ley. Su corolario es la metamorfosis del principio de legalidad, al principio de constitucionalidad en razón al debilitamiento del primero.

Conforme anota Zagrebelsky⁸, mientras bajo la concepción del positivismo jurídico y el Estado legislado de Derecho, que presupone la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa, como única productora de derecho, de los derechos y la justicia, el juez es un mero servidor de la ley, quien pura y simplemente debe buscar la voluntad del legislador; en el Estado constitucional, esa inercia de los jueces en la aplicación a ciegas de la ley, queda superada, por cuanto, antes de aplicar las disposiciones legales, tiene que someterlas a control permanente, con la finalidad de determinar su compatibilidad con la Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad.

Así, la **validez de las normas** ya no sólo depende de la forma de su producción, sino de la coherencia de sus contenidos con los principios de la Constitución y también con las normas que conforman el bloque de constitucionalidad. En ese sentido, el juez sólo aplica la ley si es conforme a la Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad, por lo que debe efectuar una interpretación que sea conforme a las



REFLEXIONO

¿Bajo el modelo de Estado Constitucional, el juez debe tener una *concepción diferente* de la prueba legal o tasada?.

Concepciones:

- En el Estado legislado de Derecho, el legislador decide anticipadamente cuándo, cómo, bajo qué requisitos debe darse por probado un hecho y el grado de eficacia que tiene ese medio probatorio, dándole al juez un escaso o nulo margen de apreciación y valoración de la prueba (*Sistemas de pruebas legales o tasadas*). La SCP 0466/2013, se inscribe en esta concepción.
- En el Estado Constitucional, es la autoridad jurisdiccional quien decide racionalmente qué peso y valor probatorio le otorga a cada prueba -obviamente siguiendo las reglas de la lógica, de la experiencia y los criterios valorativos de la ley- y justifica su decisión probatoria en coherencia con los principios y valores que fundamentan el sistema jurídico (*Sistema de la sana crítica*). La SCP 1631/2013, que moduló la SCP 0466/2013, es armoniosa con esta concepción.

⁷ TALAVERA, Pedro, “Interpretación y Argumentación Jurídica”, Revista Boliviana de Derecho, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, 2008, pp.25-26.

⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Editorial Trotta, 7^a ed., 2007, p. 33.

mismas y, de no ser posible, denunciar su inconstitucionalidad a través de la acción de inconstitucionalidad concreta.

Del mismo modo, en el *ámbito de la prueba*, la verdad de los hechos para la solución de un conflicto no puede ser obtenida a cualquier precio⁹, el juez tiene que tener en cuenta los límites probatorios que vienen primordialmente del carácter inviolable de los derechos fundamentales y garantías constitucionales previstos en la Constitución y las normas del bloque de constitucional que le imposibilitan admitir en cualquier proceso o jurisdicción una prueba obtenida violentándolos, lo que se estudia en el Derecho Procesal como prueba ilícita.

En términos de argumentación jurídica, en el Estado Constitucional, basándonos en la teoría estándar¹⁰, la argumentación normativa y fáctica, tiene una justificación interna (o de primer orden, a través de la lógica deductiva o, prevalentemente inductiva tratándose de la prueba) y una justificación externa (o de segundo orden), que supone la justificación de las premisas normativa y fáctica a partir de los principios, valores, derechos y garantías contenidos en la Constitución Política del Estado y las normas del Bloque de constitucionalidad, lo que implica la utilización de diferentes criterios de interpretación, después de cuya labor, es importante subrayar que la justificación interna sigue siendo necesaria, una vez reconstruidas las premisas normativa y fáctica fruto de la interpretación y argumentación jurídica.

Este contenido, vinculado a la argumentación jurídica se abordará en el Tema No. 3 referido al Juicio de hecho y la decisión de los hechos probados a través un razonamiento prevalentemente lógico inductivo (justificación interna de la premisa fáctica) y, en el

⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones*. Disponible en: <file:///C:/Users/Ruben/Downloads/194215-260507-1-PB.pdf>. El autor señala que es “..clásica la cita del principio proclamado por el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), en su sentencia de 14 de junio de 1960 (BGHS 14, 358, 365) al establecer que «no hay principio alguno del ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio».

¹⁰ La teoría estándar de la argumentación jurídica, como la denomina Atienza, han sido desarrollada por Neil MacCormick (con su teoría integradora) y Robert Alexy. Este repaso, se basa en los estudios de Atienza. Para mayor profundización consultar: ATIENZA, Manuel, “*El Derecho como argumentación*”. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1695/4.pdf>. ; ATIENZA, Manuel, *Derecho y Argumentación jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2001; ATIENZA Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005; ATIENZA Manuel, *Argumentación y Constitución*. Disponible en: http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf; ATIENZA Manuel, Para una razonable definición de lo razonable, en *Doxa*, 1987, N° 4, disponible en: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10909/1/Doxa4_13.pdf. Asimismo, sobre la tipología de argumentos, en un estudio de contenido acorde a la Constitución vigente, para una justificación externa e interna de la decisión judicial, consultar, SAUMA ZANKYS, Mónica Gabriela, autora, NEGRON PINO, María Elena Negrón, colaboración, *Serie: Líneas Individuales de Pensamiento Jurisdiccional*, Editorial Fundación CONSTRUIR y Comisión Andina de Juristas, 2015. Disponible en: www.fundacionconstruir.org/index.php/documento/.../DerechoLaboral_117.pdf.

Tema No. 4 sobre el Juicio de hecho y la justificación a través de una debida motivación de esa decisión probatoria (justificación externa de la premisa fáctica).

b. El principio de supremacía constitucional y las normas del bloque de constitucionalidad

La concepción de la existencia de la Constitución como norma jurídica, tiene otra consecuencia: La de su existencia -no como una norma jurídica común u ordinaria- sino como norma fundacional del sistema jurídico, en la medida de su efectividad para dotar de unidad y validez a la pluralidad de normas que lo integran. Ese es el fundamento de la supremacía constitucional. García de Enterría, señala que: “...la constitución es una norma jurídica y no cualquiera, sino la primera entre todas, *lex superior*, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento, y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema”¹¹.

Como afirma Horacio Andaluz, la supremacía de la Constitución, es una cuestión de hecho, de ahí que no es correcto fundarla en una “cláusula de supremacía”, como por ejemplo la contenida en el art. 228 de la Constitución abrogada o art. 410.II de la Constitución actual, debido a que se incurre en un razonamiento circular afirmando que la Constitución es Suprema porque ella dice que lo es. Es suprema, no porque se sustente o se funde en la existencia de una cláusula, sino porque simplemente es: “la norma fundacional del sistema jurídico en la medida de su efectividad para dotar de validez a la pluralidad de normas que lo integran”, de ahí que no necesita una cláusula que lo recuerde y si la existe es una redundancia de lo



Toda argumentación, sea normativa o fáctica, debe tener como parámetro de evaluación el desarrollo normativo y jurisprudencial tanto de las normas constitucionales como de las que conforman el bloque de constitucionalidad.

En el ámbito de la prueba, el juez necesita conocer y aplicar al momento de justificar su *decisión probatoria* no sólo los estándares más altos de la jurisprudencia constitucional y los provenientes de la pluralidad de jurisdicciones sobre la *valoración de la prueba*, sino además evaluar si estos son armoniosos con los estándares jurisprudenciales más altos desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

¹¹ GARCÍA DE ENTERRA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1985, p.41.

obvio¹². De ahí que el principio de supremacía constitucional deriva del art. 410.II, empero no se funda en la cláusula.

El ex presidente del Tribunal Constitucional, Willman Ruperto Durán, conjunciando la idea de Estado Constitucional con el principio de supremacía constitucional, señaló que este modelo de Estado se caracteriza por la sujeción de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, a partir de la norma base (La Constitución), en la que se fundamenta todo el sistema (...) la Constitución es el instrumento jurídico fundamental del País (parámetro normativo superior que decide la validez de las demás normas jurídicas). De ahí que sus normas, valores y principios, constituyen el marco general básico del que se deriva y fundamenta el resto del ordenamiento jurídico”¹³. Es decir, a diferencia del Estado legislado de derecho, en el Estado constitucional, todos los órganos del Estado se encuentran sometidos a la Constitución: también el legislador. De ahí el imperio de la Constitución y subordinada a ella, la ley-el legislador. Su corolario es, como se señaló, la metamorfosis del principio de legalidad, al principio de constitucionalidad en razón al debilitamiento del primero, con una incidencia importante en el razonamiento jurídico de los jueces.

De otro lado, el bloque de constitucionalidad, está conformado por el texto formal de la Constitución y por las normas de derecho internacional sobre derechos humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país (art. 410.II). Como las últimas normas no son parte de su texto formal, se dice que la unidad forma un “bloque de constitucionalidad”, por lo mismo forman una sola unidad normativa. Esto, permite concluir que estas normas no tienen jerarquía supra legal ni supraconstitucional, sino que gozan de la jerarquía de la Constitución, del principio de supremacía constitucional, debido a la norma prevista en el art. 410.II que los incorpora¹⁴.

¹² ANDALUZ VEGACENTENO, Horacio, *La posición constitucional del poder judicial*, op. cit. pp. 342-359.

¹³ DURÁN RIBERA, Willman Ruperto, *Teoría y Práctica de la Argumentación Jurídica*, Universidad Mayor Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca, Centro de Estudios de Posgrado e Investigación, Instituto de la Judicatura de Bolivia, Sucre, Bolivia, 2011, p. 32 y 33.

¹⁴ ANDALUZ VEGACENTENO, Horacio, *La posición constitucional del poder judicial*, op. cit. 38 y ss. Siguiendo al autor, corresponde aclarar que para justificar la aplicación preferente de una norma internacional de derechos humanos (que incorporada al bloque de constitucionalidad, resulta ser simplemente una norma constitucional) la doctrina -ya superada- ha referido que la primera tiene rango “supraconstitucional”. Esto es un error, por cuanto, la aplicación preferente de una u otra fuente normativa (Constitución o normas del bloque de constitucionalidad) se resuelve a partir del art. 256.I de la Constitución, que a partir del *criterio de favorabilidad* señala cuándo tiene primacía una norma constitucional y cuándo la tiene una norma internacional de derechos humanos, resolviendo este problema intranormativo entre normas de la misma jerarquía, precisamente cuando la norma es más favorable a los derechos.

Luego, el Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de la SCP 110/2010 de 10 mayo¹⁵, incorporó al bloque de constitucionalidad, los precedentes emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A partir de esta sentencia constitucional, toda la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, forman parte del bloque de constitucionalidad, por lo que las interpretaciones progresivas que esta instancia realice, aun cuando el Estado Plurinacional de Bolivia no sea parte, son vinculantes para las autoridades judiciales, administrativas y legislativas.

c. El pluralismo jurídico interno, igualitario, en el marco de la unidad de la Constitución y con techo constitucional y en las normas del bloque de constitucionalidad: *Recapitulación sobre la argumentación jurídica plural*

Para comprender el pluralismo jurídico interno con esas características, debe señalarse en principio que el derecho de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos a ejercer sus sistemas jurídicos propios (art. 30.II.14 de la CPE) - conforme señala Mónica Gabriela Sauma Zankys- se funda en el derecho a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (art. 30.II.4. de la CPE) siendo este último el derecho “madre” de los demás derechos de los pueblos indígenas¹⁶.

En el plano jurídico, representa la posibilidad que los pueblos indígenas definan libremente sus diferentes instituciones, entre ellas las jurídicas y, por lo mismo, la libre determinación da sustento al ejercicio de sus sistemas jurídicos, pues, en virtud a este derecho, tienen sus propias *autoridades, normas y procedimientos* ¹⁷y, por tanto,

¹⁵ Es importante mencionar que la SCP 110/2010, tiene sus antecedentes jurisprudenciales en la SC 491/2003-R, que señaló: “...la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es vinculante para la jurisdicción interna...”.

¹⁶ SAUMA ZANKYS, Mónica Gabriela, *Relacionamiento Interjurisdiccional*, Memoria del Curso para la construcción plural de los derechos humanos. Fundación Konrad Adenauer, Fundación Tribuna Constitucional, 2015, pp. 165 a 175.

¹⁷ Yrigoyen Fajardo, Raquel Z., *El Horizonte del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización*, VII congreso de RELAJU, Lima Perú, agosto de 2010., p. 2. La autora señala que en el Convenio 169 no sólo se respetan las formas de producción jurídica emitidas por los pueblos indígenas, distintas a las instituciones estatales, sino que se les reconoce el derecho a conservar y aplicar sus costumbres a través de sus autoridades. Este respeto y reconocimiento a su derecho consuetudinario no establece límites con relación a las materias en que puede ser aplicado, más bien incluye la posibilidad de que se apliquen las normas y métodos empleados tradicionalmente para la represión de “delitos” cometidos por sus miembros (art. 9). Por ello, el reconocimiento del pluralismo jurídico contenido en el Convenio 169 de la OIT -según la autora- contiene los siguientes aspectos relevantes en el derecho indígena, que permiten hablar de un verdadero sistema jurídico: i) Vigencia de sus normas (**normatividad**): se basan en los valores propios de la comunidad, en su cosmovisión y en la forma de regular su vida social. Es un reconocimiento a las normas existentes y a la potestad normativa que tienen para regular sus relaciones sociales, sobre la base de sus principios, necesidades y valores; ii) El reconocimiento de las autoridades indígenas (**institucionalidad**) y sus métodos de elección o designación; iii) El reconocimiento de las funciones jurisdiccionales de esas autoridades para la aplicación de sus propias normas (**jurisdicción**).



Las normas contenidas en ambos instrumentos internacionales (Convenio 169 de la OIT y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Pueblos Indígenas) forman parte de las normas del bloque de constitucionalidad en cuanto a los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesino, e implican el reconocimiento, por parte de los Estados firmantes, de un pluralismo jurídico interno, bajo un techo constitucional e internacional de respeto a los derechos fundamentales y humanos, en el que se reconoce como verdaderos sistemas jurídicos, a los sistemas jurídicos indígena originario campesinos.

definen qué asuntos van a conocer y resolver cuáles serán remitidos a la jurisdicción ordinaria, y es en ese ámbito que se generan espacios para la coordinación y cooperación interjurisdiccional¹⁸.

En el ámbito de las normas contenidas en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que conforme se precisó forman parte del bloque de constitucionalidad, debe mencionarse al art. 8.2 del **Convenio 169 de la OIT, ratificado por Bolivia mediante Ley 1257 de 11 de junio de 1991**, que determina que los pueblos indígenas “... deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. En similar sentido, el art. 9.1 del Convenio señala que “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

Las normas del Convenio 169 de la OIT, se complementan, con lo previsto en el art. 34 de la **Declaración de las Naciones Unidas sobre los**

Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 13 de septiembre de 2007¹⁹ que

¹⁸SAUMA ZANKYS, Mónica Gabriela, *Ibíd.*

¹⁹SAUMA ZANKYS, Mónica Gabriela, *Relacionamiento Interjurisdiccional*, op cit. Sobre la naturaleza y efectos de la Declaración, la autora, realiza una precisión: Señala que si bien “la Declaración de las Naciones sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas inicialmente, se constituiría en un instrumento internacional no convencional, sin embargo, debe considerarse que, por una parte, el uso que se haga de dicha Declaración, tanto en el ámbito internacional como interno, puede dar lugar a que tenga los efectos obligatorios de una norma convencional; por otra, la Declaración se constituye en un parámetro para la interpretación de las disposiciones legales y de las normas sobre los derechos de los pueblos indígenas contenidas en otros instrumentos convencionales. A ello debe agregarse -y esto es sin duda lo más importante- que el art. 256 de la CPE, cuando hace referencia al principio de favorabilidad menciona, de manera general, a los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiere adherido el Estado, disponiendo que tendrán preferencia en su aplicación aquellos que declaren derechos más favorables. Consiguientemente, es la propia Constitución Política del Estado la que, en el marco del principio de favorabilidad, no establece distinción entre instrumentos internacionales convencionales y no convencionales. De ello se desprende que la inicial distinción (instrumentos internacionales convencionales y no convencionales) se difumina, por cuanto lo fundamental para su aplicación es determinar si dichos instrumentos -convencionales o no-

estable que los pueblos indígenas “tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”. Por su parte, el art. 46.2 de la misma Declaración, señala que “en el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática”.

De otro lado, desde un enfoque de la argumentación jurídica, nos remitimos al Módulo de Argumentación Jurídica, fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales, en los que se desarrollaron los *criterios para la construcción plural de la argumentación jurídica, a partir de las características de nuestro modelo de Estado*, que involucran el estudio de los criterios constitucionalizados de interpretación de los derechos humanos y la especial relevancia de las normas principios plurales (en la dimensión amplia que también fue explicada en el Módulo Principios y Valores de la administración de justicia y el sentido que le otorga la SCP 112/2012). Estos aspectos serán nuevamente estudiados en el Tema No. 4 sobre el Juicio de hecho y la justificación a través de una debida motivación de la decisión sobre los hechos probados.

d. El principio de directa justiciabilidad de los derechos

Que los derechos sean directamente aplicables, o lo que es lo mismo, de directa justiciabilidad (art. 109 de la CPE) significa: “(1) que puede reivindicarse su tutela en cualquier actuación procesal con el solo fundamento de la norma constitucional, (2) que su falta de desarrollo legislativo no es obstáculo para su aplicación y (3) que debe interpretárselos a favor de su ejercicio”²⁰.

contienen derechos más favorables. Además de lo anotado, dichas normas no convencionales son fundamentales a la hora de interpretar los derechos contenidos en normas convencionales, pues coadyuvan a fijar el alcance y contenido de esas normas, y así lo ha entendido la jurisprudencia constitucional contenida en la SC 61/2010-R.

²⁰ ANDALUZ VEGACENTENO, Horacio, *Consecuencias Formales de la Regulación Constitucional de los Derechos*, en: Memorias, Neoconstitucionalismo, Derechos Humanos y Pluralismo, Homenaje al “Prof. Néstor Pedro Sagüés”. 2012, pp. 123 y ss. El autor señala: La directa justiciabilidad de los derechos, es una consecuencia del valor normativo de la Constitución, de su concepción de norma jurídica. Negar esto, significa simplemente negar el carácter normativo de la Constitución. Por lo mismo, no puede fundarse en una “cláusula” como la contenida en el art. 229 de la Constitución abrogada que establecía de manera negativa que los derechos “... no necesitan de reglamentación previa para su cumplimiento” o en la disposición contenida en el art 109.I de la Constitución vigente, que establece, ahora en una redacción

La SC 1294/2006-R, pronunciada en una acción de amparo constitucional, en aplicación del principio de directa justiciabilidad de los derechos y la justicia material, concedió la tutela, porque evidenció que no

podía aplicar la ley civil que de manera desproporcionada regulaba el derecho de propiedad estableciendo que en la fase de ejecución de un proceso ejecutivo podía rematarse el bien en base al 50% de la base del valor catastral o valuación fiscal. Luego, seis años después, la SCP 2621/2012-AIC, pronunciada en una acción concreta de inconstitucionalidad, declaró la inconstitucionalidad del art. 534.I y II del Código de Procedimiento Civil, entendiendo que era desproporcionado al derecho a la propiedad, la regulación civil que establecía que en la fase de ejecución de los procesos ejecutivos o coactivos civiles, la base de la subasta de los bienes inmuebles es, sobre la valuación fiscal. Por lo mismo, dicha sentencia entendió que en la fase de ejecución de los procesos ejecutivos o coactivos civiles, la base de la subasta de los

bienes inmuebles es sobre la valuación comercial, es decir, sobre la base de su precio real, garantizando con ello, el contenido esencial del derecho a la propiedad privada, los principios de proporcionalidad, justicia material y supremacía constitucional y la eficacia a los valores de igualdad, equilibrio y justicia social.

d.1 El principio dispositivo y la aplicación directa de los derechos

afirmativa: “Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables...”. Se funda, en el carácter normativo de la Constitución, exista o no una cláusula constitucional. De ahí que, es posible afirmar que la directa justiciabilidad de los derechos se deriva del art. 109.I de la CPE, empero, no se funda en esta disposición, por cuanto su fundamento está en el carácter normativo que tienen los derechos y la Constitución que los inscribe.

LA DIRECTA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS

La directa justiciabilidad de los derechos significa que puede pedirse su tutela ante los jueces constitucionales (Tribunal Constitucional Plurinacional y jueces y tribunales de garantías) o ante cualquier jurisdicción formal (ordinaria, agroambiental y especializada) o la jurisdicción indígena originaria campesina, estos últimos en su condición de garantes primarios (SCP 112/2012) y en cualquier actuación procesal (civil, penal, agraria, administrativa, etc.) con el solo fundamento de la existencia de los derechos inscritos en la Constitución y en las normas del Bloque de Constitucionalidad, sin necesidad de reglamentación previa, toda vez que la falta de desarrollo legislativo no es obstáculo para su aplicación, pues, en todo caso, el juez deberá suplir la omisión normativa en el caso concreto, a través de una adecuada interpretación y argumentación jurídica.

La directa justiciabilidad, cuando existe ley de desarrollo de los derechos a través de una ley formal emitida por la Asamblea Legislativa Plurinacional, debe entenderse como la aplicación directa de los derechos en una interpretación de la ley, desde y conforme a la Constitución y al bloque de constitucionalidad, por cuanto puede ocurrir que la ley viole el contenido esencial de los derechos, con limitaciones desproporcionadas, en cuyo caso, la ley es inconstitucional (SCP 121/2012).

El Tribunal Constitucional Plurinacional, ha reinterpretado el principio dispositivo la luz de la nuestra Constitución Política del Estado por el Tribunal Constitucional Plurinacional. Así, la SCP 121/2012 sostuvo que la eficacia máxima de los derechos y el principio de aplicación directa y eficaz de los derechos fundamentales suponen una **superación de la concepción formalista del sistema jurídico y se constituyen en postulados para consolidar el valor normativo de la Constitución**, por lo que sobre esa base, concedió la tutela en el caso concreto en el que dentro de una acción de amparo constitucional la accionante denunció que no obstante haberse declarado probada la demanda de mejor derecho propietario, la jueza y los vocales demandados se negaron a disponer el desapoderamiento del bien inmueble cuya titularidad fue declarada a su favor. La sentencia, con relación al principio dispositivo señaló:

“...Es pertinente señalar que en los procesos de conocimiento vinculados con derechos particulares, como podría ser aquellos referidos a mejor derecho propietario, rige el principio dispositivo, en virtud del cual, las partes procesales inician y conducen sus pretensiones en el marco del principio de autonomía de la voluntad, siendo este postulado el límite objetivo para la actuación del juez, quien no puede apartarse de dichas directrices establecidas en el decurso de la causa por las partes procesales, en ese orden, en un contexto demo-liberal en el cual se genera el desarrollo teórico de este principio, por las características del modelo de Estado, expresamente explicadas en el Fundamento Jurídico III.1 de la presente Resolución, dicho principio tiene una connotación diferente a la validez de este postulado en el marco del Estado Constitucional de Derecho, en el cual, la eficacia de los derechos fundamentales constituye el límite y medida de validez del principio dispositivo, por lo que los jueces, al ser auténticos garantes de los derechos fundamentales, deben asegurar la máxima eficacia de los derechos fundamentales contenidos en una sentencia declarativa.

En estricta coherencia a la afirmación realizada, cabe señalar que en las sentencias declarativas de derechos propietarios, la eficacia del contenido esencial de este derecho, es decir, el uso, goce y disfrute del bien, en relación del cual se declara judicialmente la titularidad, debe ser resguardada y garantizada por la autoridad jurisdiccional, entendiendo que el art. 190 del CPC, interpretándolo armoniosamente con la tutela que se da al derecho de propiedad en el bloque de constitucionalidad, establece que “La sentencia (...) contendrá decisiones expresas, positivas y precisas; recaerá sobre las cosas litigiosas, en la manera en que hubieren sido demandadas (...), en ese orden, definitivamente al ser demandado el mejor derecho propietario y en caso de estimarse dicha pretensión, el desapoderamiento del bien en litigio, aunque no hubiese sido expresamente pedido en la demanda, es un aspecto que asegura la aplicación eficaz del contenido esencial del derecho fundamental de propiedad, por lo que sus alcances inequívocamente recaen sobre la cosa litigiosa, cumpliendo así con el mandato del art. 190 del CPC, razón por la cual, el ejercicio de esta facultad, de ninguna manera implica alteración de los efectos de la cosa juzgada de decisiones jurisdiccionales, por el contrario, asegura la efectividad de fallos judiciales como presupuesto esencial de la justiciabilidad del derecho fundamental de propiedad en un Estado Constitucional de Derecho”.

Entonces, conforme a dicho razonamiento, el Tribunal Constitucional Plurinacional estableció un límite y parámetro de validez del principio dispositivo, cual es el respeto a los derechos de las partes y, en ese sentido, con relación a una de las características del modelo de proceso dispositivo anotada precedentemente, referida a que los jueces están limitados a pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, prohibiéndoles fallar extra o ultrapetita, es evidente que la autoridad jurisdiccional tendrá que dirigir el proceso realizando los actos necesarios destinados a precautelar dichos derechos, como en el caso de la jurisprudencia referida en la que **aún no hubiese sido solicitado el desapoderamiento del bien en litigio para la parte demandante, dicha medida debió haber sido dispuesta por la autoridad judicial**, pues con ella se asegura la aplicación eficaz del contenido esencial del derecho fundamental a la propiedad.

e. El principio de verdad material en la prueba

El principio de verdad material se encuentra previsto en el art. 180 de la CPE, y en virtud al mismo, la jueza o el juez deben procurar la paz social, la aplicación de la justicia y el respeto a los derechos humanos, buscando la verdad de los hechos, **por encima de mecanismos formales o procesales, con la finalidad de que las partes accedan a una justicia material, eficaz y eficiente, procurando que el derecho sustantivo prevalezca sobre el formal (SCP 1662/2012).**

Así, el principio supone:

“la superación de la dependencia de la verdad formal o la que emerge de los procedimientos judiciales, por eso es aquella verdad que concierne a la realidad, superando cualquier limitación formal que restrinja o distorsione la percepción de los hechos, a la persona encargada de juzgar a otro, o de definir sus derechos y obligaciones, arribando a una decisión injusta que no corresponda a los principios, valores y valores éticos instituidos en la Ley Fundamental y a los que todas las autoridades de todos los órganos de poder, están compelidos a cumplir; en ese sentido, es lógico que a fin de efectivizar una impartición de justicia menos formalista y procesalista, dando lugar a una material y efectiva, que respete los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas, devenga la obligación de una correcta apreciación de los medios probatorios durante el proceso” (SCP 28/2015).

El principio de verdad material es transversal a todos los procesos y supone que el juzgador busque una justicia menos formalista y que, en todo caso, las normas procesales sean interpretadas a partir de las normas sustantivas, de los derechos y garantías de las personas.

El principio de verdad material se encuentra previsto de manera expresa en el nuevo Código procesal civil, que en el art. 1, establece que en virtud a dicho principio, “la autoridad judicial deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus

decisiones para lo cual deberá adoptar las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aun cuando no han sido propuestas por las partes”.

- El principio de verdad material y la prueba

También cabe hacer referencia a la prueba y las modificaciones que plantea nuestro

REFLEXIONO Y COMPRENDO

La responsabilidad que tienen los jueces de la pluralidad de jurisdicciones como *garantes primarios de los derechos* (conforme lo entendió la SCP 112/2012) significa que en la actividad probatoria deben minimizar o, en el mejor de los casos anular los errores judiciales en la valoración de la prueba, para lo cual tienen que *decidir y justificar su decisión sobre los hechos probados* de manera racional y apoyada en la interpretación de normas sustantivas, de los derechos y garantías de las personas previstos en las normas de la Constitución y del bloque de constitucionalidad, teniendo en cuenta sobre todo el principio de verdad material

modelo de Estado a la luz del principio de verdad material. Así, de acuerdo al principio dispositivo, son las partes quienes estimulan e inician la actividad judicial y suministran los materiales de hecho sobre los que versará la decisión del juez (SC 0372/2010-R). De acuerdo a la doctrina, “... la vigencia de este principio se manifiesta en los siguientes aspectos: iniciativa, disponibilidad del derecho material, impulso procesal, delimitación del tema, aportación de los hechos y suministro de las pruebas (...) es decir la iniciativa, desarrollo del proceso y el derecho pretendido, incumbe sólo a las partes del

proceso (...)”²¹; aspectos sobre los cuales se pronunció la SCP 1402/2012 de 9 de septiembre, al señalar:

“i) **Iniciativa**. “El proceso civil sólo puede iniciarse a instancia de parte (nenio iudex sine adore; ne procedat iudex ex officio”.

ii) **Disponibilidad del derecho material**. “Una vez iniciado el proceso, el órgano judicial se halla vinculado por las declaraciones de voluntad de las partes relativas a la suerte de aquél o tendientes a la modificación o extinción de la relación del derecho material en la cual se fundó la pretensión”.

iii) **Impulso procesal**. “Consiste en la actividad que es menester cumplir para que, una vez puesto en marcha el proceso mediante la interposición de la

²¹ La SC 372/2010-R está disponible en: <https://www.tcpbolivia.bo/tcp/>.

demanda, aquél pueda superar los distintos períodos de que se compone y que lo conducen hasta la decisión final”.

Sin embargo, ello no es exclusivo de las partes, pues el art. 2 del CPC, indica: “Los jueces y tribunales tendrán a su cargo y responsabilidad el necesario impulso procesal, para que las causas no se paraliquen y concluyan dentro de los plazos legales”, disposición legal que guarda relación con el art. 128 de la Ley del Órgano Judicial (LOJ), que indica: “I. Se incurrirá en demora culpable por dictar resoluciones en los procesos fuera de los plazos fijados por la ley. Igualmente importará demora culpable el uso impropio y reiterado de providencias de sustanciación como traslado, vista fiscal, informe y otras, fuera de los casos señalados en las leyes procesales, bajo responsabilidad. II. Quedan prohibidos los decretos que dispongan informe sobre aspectos contenidos en el expediente”.

iv) **Delimitación del thema decidendum.** “El principio dispositivo impone que sean las partes, exclusivamente, quienes determinen el thema decidendum, debiendo el juez, por lo tanto, limitar su pronunciamiento a las alegaciones formuladas por aquéllas en los actos de constitución del proceso (demanda, contestación, reconvención y contestación a ésta)”.

Esto se encuentra plasmado en el art. 190 del CPC, que señala: “La sentencia pondrá fin al litigio en primera instancia; contendrá decisiones expresas, positivas y precisas; recaerá sobre las cosas litigadas, en la manera en que hubieren sido demandadas sabida que fuere la verdad por las pruebas del proceso; en ella se absolverá o condenará al demandado”.

Su vigencia, en segunda instancia, está plasmado en el art. 236 del CPC, que indica: “El auto de vista deberá circunscribirse precisamente a los puntos resueltos por el inferior y que hubieren sido objeto de la apelación y fundamentación a que se refiere el artículo 227, excepto lo dispuesto en la parte final del artículo 343”. Este principio es aplicable a toda la jurisdicción ordinaria en el que se tenga que resolver las pretensiones de las partes, en especial a la actuación de los Tribunales de alzada cuando tengan que resolver los recursos de apelación que hubieren sido interpuestos.

v) **Aportación de los hechos.** “Como consecuencia del principio dispositivo, la aportación de los hechos en que las partes fundan sus pretensiones y defensas constituye una actividad que les es privativa, estando vedada al juez la posibilidad de verificar la existencia de hechos no afirmados por ninguno de los litigantes. Igualmente le está vedado el esclarecimiento de la verdad de los

hechos afirmados por una de las partes y expresamente admitidos por la contraria”.

Este principio obedece a que “Los conflictos entre derechos son resueltos por los órganos jurisdiccionales en la forma determinada por las leyes de la República” (art. 1281 del Código Civil -CC-).”.

vi) ***Aportación de la prueba***. Si bien los arts. 4 inc. 4) y 378 del CPC, establecen que los jueces y Tribunales tienen la facultad especial de “Exigir las pruebas que consideren necesarias, como exhibiciones, peritajes y juramentos, llamar a los testigos ofrecidos por las partes, efectuar careos y emplear cuanto medios fueren conducentes al mayor esclarecimiento del proceso”, pudiendo ejercer dicha facultad dentro del período probatorio o hasta antes de la dictación de la sentencia; sin embargo, ello no debe entenderse como un deber del órgano jurisdiccional de producir la prueba, pues ello únicamente es una facultad correspondiendo a las partes su ofrecimiento y producción.

Al respecto, el art. 1283 del CC, concordante con el art. 375 del CPC, sostiene que la carga de la prueba “incumbe al actor en cuanto al hecho constitutivo de su derecho y al demandado en cuanto a la existencia del hecho impeditivo, modificatorio o extintivo del derecho del actor”, siendo ello el reflejo del principio dispositivo que regula al proceso civil”.

Conforme se puede apreciar, el principio dispositivo, no impedía a la jueza, juez o Tribunal, de acuerdo al procedimiento civil de 1976, exigir las pruebas necesarias, ello con el objeto de esclarecer los hechos. Pero dicha facultad fue acentuada en mayor medida con lo previsto en el art. 180 de la CPE, que establece como uno de los principios de la jurisdicción ordinaria la verdad material; principio que obliga, precisamente a buscar la verdad de los hechos, antes que la verdad procesal y que supone que el juez debe ejercer un rol activo en la conducción del proceso, actuando inclusive de oficio en materia probatoria.

Así, respecto al principio de verdad material, la SCP 0410/2013 de 27 de marzo estableció que:

“Las normas previstas por el art. 180.I de la CPE, entre los principios de la jurisdicción ordinaria, contemplan el de verdad material, cuyo contenido constitucional implica la superación de la dependencia de la verdad formal o la que emerge de los procedimientos judiciales, por eso es aquella verdad que corresponde a la realidad, superando cualquier limitación formal que restrinja o distorsione la percepción de los hechos, a la persona encargada de juzgar a otro ser humano, o de definir sus derechos y obligaciones, dando lugar a una decisión injusta que no responda a los principios, valores y valores éticos consagrados en la Ley Fundamental de nuestro país, a los que, todas las autoridades del

Órgano Judicial y de otras instancias, se encuentran impelidos a dar aplicación, entre ellas, al principio de verdad material, por sobre la limitada verdad formal.

Obligación que para su cumplimiento requiere, entre otros, de una correcta apreciación de los medios probatorios aportados durante el proceso, conforme a la realidad de su ocurrencia, con la finalidad de efectivizar la función de impartir justicia menos formalista y procesalista, para dar lugar a la justicia material y efectiva; velando por la aplicación y respeto de los derechos fundamentales y de las garantías constitucionales de las personas”.

Actualmente, el nuevo Código procesal civil, en el art. 1, hace referencia de manera expresa a ambos principios: al Dispositivo y al de verdad material. De acuerdo al primero, “El proceso se construye en función al poder de disposición de la pretensión de los sujetos implicados en la tutela jurisdiccional”, y de acuerdo al segundo, conforme se señaló anteriormente, la autoridad judicial tiene el deber de verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, adoptando **las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aún cuando no hubieren sido propuestas por las partes**”.

Conforme a la redacción de dichas normas, actualmente el juez debe adoptar las medidas probatorias necesarias a efecto de la verificación de los hechos y, por tanto, la intervención de la autoridad judicial ya no es, como concibió antes la jurisprudencia, una facultad, sino un deber que deriva del propio principio constitucional de verdad material contenido en el art. 180 de la CPE; que se reitera en el art. 134 del Código procesal civil cuando sostiene que “La autoridad judicial en relación a los hechos alegados por las partes, averiguará la verdad material, valiéndose de los medios de prueba producidos en base a un análisis integral”; consiguientemente, bajo el principio de verdad material, se debe buscar la verdad de los hechos; con independencia que las partes, prueben sus afirmaciones, conforme establecen los arts. 135 y 136 del CPCivil; última norma que en el párrafo III determina que “La carga de la prueba que el presente Código impone a las partes no impedirá la iniciativa probatoria de la autoridad judicial”.

- **Los sistemas de valoración de la prueba y el principio de verdad material**

La doctrina hace referencia a tres sistemas de valoración de la prueba: sistema de pruebas legales o tasadas, el de pruebas libres o de libre convicción y el de la sana crítica.

- En el **sistema de pruebas legales o tasadas**, la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a un determinado medio probatorio²²; por tanto, el juez está constreñido a respetar las reglas de valoración establecidas

²² Couture, Eduardo, op. cit.p.268.

en la ley existiendo el riesgo de que se niegue la justicia material porque sólo se respetó la verdad formal o procesal. Este sistema se originó en la edad media y aún pervive en el procedimiento civil -ahora abrogado-, y es muy criticado por escaso margen de apreciación que al juzgador y la confianza ciega en el legislador, en la ley.

- En el *sistema de libre convicción* el juzgador no se apoya necesariamente en la prueba que se exhiben en el proceso, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes²³, sino que puede apoyarse en circunstancias que le consten al juez aún por su saber privado y tampoco es necesario que exista una construcción lógica perfecta.
- En el *sistema de la sana crítica*, intervienen las reglas de la lógica y la experiencia del juzgador y, en ese sentido, la actuación del juez no es discrecional o arbitraria; prima, pues, la razonabilidad de la valoración de la prueba, de ahí que también reciba el nombre de persuasión judicial; el juez tiene mayor libertad, respecto al sistema de la prueba tasada, pero también tiene mayor responsabilidad.

En el caso boliviano se ha adoptado, **en el derecho procesal penal**, el sistema de la sana crítica, de conformidad a lo establecido en el art. 173 del CPP, que señala que “El juez o tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones por las cuales les otorga determinado valor, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida”; en ese sentido, puede revisarse la SC 1480/2005-R.

En el **ámbito civil**, en virtud a lo previsto por el Código de procedimiento civil de 1976, así como todas las materias que se remiten a dicho procedimiento, aún rige el sistema de tasación legal y, subsidiariamente el de la libre apreciación de la prueba.

Efectivamente, debe considerarse que el art. 1286 del Código Civil establece que “las pruebas producidas serán apreciadas por el juez de acuerdo a la valoración que les otorga la ley, pero si ésta no determina otra cosa, podrá hacerlo conforme a un prudente criterio”. Por su parte, el art. 397 del CPC determina que “I. Las pruebas producidas en la causa serán apreciadas por el juez de acuerdo a la valoración que les otorgare la ley, pero si ésta no determinare otra cosa, podrá apreciarlas conforme a su prudente criterio

²³ Ibid. p. 273.

o sana crítica. II. El juez tendrá obligación de valorar en la sentencia las pruebas esenciales y decisivas.”

Sobre la valoración de la prueba en materia civil, y concretamente respecto al art. 397 del CPC, la jurisprudencia constitucional contenida en la SCP 0466/2013, ha establecido que de acuerdo a dicha norma:

“la tarea de valoración de la prueba, corresponde al juez la decisión sobre la legalidad, razonabilidad y pertinencia de las pruebas producidas en la causa por las partes, para lo cual, primero debe valorar las pruebas, otorgándole el valor que les otorga la ley; es decir, sometiéndolas al sistema de valoración tasada o legal; empero, si la ley no determina otra cosa, entonces, recién puede valorar las pruebas según su prudente criterio o sana crítica. Lo que significa que la libre valoración o la aplicación de la sana crítica en la valoración de las pruebas está supeditada al silencio de la ley.

Con ello, esta norma (art. 397.I del CPC) evita que las normas legales de valoración de las pruebas, -documental, confesión, inspección judicial, peritaje, testificación- sean ignoradas por el juzgador, y le niega la posibilidad de ingresar directamente a aplicar la sana crítica y, por ende, evita que la actividad valorativa se rija por la arbitrariedad. Por lo que, la no aplicación de las reglas o métodos de valoración de la prueba previstos en dicha norma procesal civil, hace que la decisión que asuma el juzgador en esta tarea sea ilegal y arbitraria”.

La jurisprudencia antes glosada, que apostaba por el sistema de prueba legal o tasada, con los grandes inconvenientes que la misma tiene, fue posteriormente modulada en la SCP 1631/2013 en la que se hizo una nueva interpretación del art. 397 del CPC y se hizo referencia a la razonabilidad en la valoración de la prueba, señalando que dicho artículo:

“...establece un mandato para que el juez recurra a la valoración de la prueba que otorga la ley, pero si ésta no lo prohíbe el juez puede acudir a su prudente criterio o sana crítica. De ahí se evidencia que el art. 397 del CPC, dispone que es la propia ley la llamada a valorar las pruebas, pero que si esta resulta insuficiente es menester acudir a la sana crítica del juez, de dicha norma podría concluirse que es la propia ley la que hace una valoración de la prueba y de los hechos y que el Juez se encuentra obligado a subordinarse a la misma, apareciendo sólo en defecto o ausencia de pronunciamiento de ella. Sin duda alguna dicho planteamiento normativo tiene su génesis en una forma de ver el Derecho en la que predominan los siguientes criterios: i) El Legislador es el llamado a determinar la aplicación del Derecho en primera instancia, pues éste tiene la potestad de predeterminar cómo el juez tiene que valorar los hechos y el Derecho; ii) El Juez es un mero aplicador de la Ley y por ende debe agotar la interpretación de la realidad en los elementos valorativos preestablecidos por el Derecho; y, iii) El Juez es subsidiario a la Ley, pues ésta determina cómo se interpreta el Derecho y los hechos y si ésta no lo dispuso recién es posible que el Juez pueda utilizar su justa razón para interpretar.

Ahora bien, es necesario considerar que dicha norma es preconstitucional y por tanto debe interpretarse conforme al art. 180 de la CPE, que determina que uno de los

principios que fundamenta la actividad de la jurisdicción ordinaria es el principio de verdad material misma que alcanza a la jurisdicción ordinaria civil que acerca la generalidad y abstracción de las leyes con la realidad tal como los seres humanos la perciben y el orden justo de cosas como principio orientador que debe guiar las decisiones de los órganos judiciales. En ese marco es que la configuración del principio de verdad material, tiene que ver con una visión antiformalista del Derecho en la cual si bien el Legislador o el Constituyente están habilitados a brindar criterios interpretativos o valorativos al juez, éstos no pueden predecir a través de mandatos normativos los resultados de una práctica hermenéutica-valorativa, por ello este principio se materializa en cuanto a que se exige a las autoridades judiciales en todas sus instancias acercarse lo más posible a la realidad y valorarla, para así adecuar las categorías jurídicas. Ahora bien, la sana crítica desde el punto de vista doctrinal es concebida como un punto intermedio entre lo que se denomina como prueba tasada o prueba legal y la libre convicción del juez, pues no cae en la absoluta rigidez formalista de reducir al juez a ser un simple reproductor de la actividad preprogramada del Legislador ni deja al juez en la discrecionalidad de valorar los instrumentos de prueba sin ninguna restricción.

Por lo señalado el principio de verdad material impele a las autoridades judiciales a generar decisiones orientadas a resolver las problemáticas guiados por el valor justicia lo que no implica que las decisiones de los órganos jurisdiccionales estén investidas de subjetividad, es decir, el sujeto que interpreta y valora los hechos y el Derecho claramente es el juez y le corresponde en primera instancia valorar qué pruebas están sometidas a la valoración legal y cuales a la sana crítica y en su caso por las particularidades del caso concreto en virtud al principio de verdad material y el valor justicia apartarse de la tasación legal para resolver conforme la sana crítica efectuando la debida fundamentación de los motivos que le impulsan a apartarse de la prueba tasada de forma que para preservar la seguridad jurídica (SCP 0466/2013 de 10 de abril), la aplicación de la sana crítica es supletoria a la prueba tasada” .

Conforme a dicha interpretación en virtud al principio de verdad material contenido en el art. 180 de la CPE, es posible que el juzgador se aparte del sistema de valoración tasada de la prueba, siendo empero su obligación explicar los motivos por los que adopta dicha determinación, lo que indudablemente nos lleva al tema de la valoración razonable de la prueba y la fundamentación de las resoluciones.

Ahora bien, debe señalarse que el actual Código procesal civil, dejando atrás la prueba tasada o legal, establece el sistema de la sana crítica, que es un sistema de apreciación racional de la prueba. Así, el art. 145 de dicho Código, bajo el nombre de “Valoración de la prueba”, determina:

“1. La autoridad judicial al momento de pronunciar la resolución tendrá la obligación de considerar todas y cada una de las pruebas producidas, individualizando cuales le ayudaron a formar convicción y cuales fueron desestimadas, fundamentando su criterio.

II. Las pruebas se apreciarán en conjunto tomando en cuenta la individualidad de cada una de las producidas y de acuerdo con las reglas de la sana crítica o prudente criterio, salvo que la Ley disponga expresamente una regla de apreciación distinta”.

III. En la valoración de los medios de prueba, la autoridad judicial, **apreciará las mismas tomando en cuenta la realidad cultural en el medio probatorio”.**

El último párrafo del artículo citado, se vincula directamente con los principios y valores de nuestro sistema constitucional y, en ese sentido, por ejemplo, deberá considerar el carácter plurinacional de nuestro Estado, así como el principio de pluralismo, fundamentalmente el pluralismo jurídico, a efecto de considerar, en conflictos vinculados con la jurisdicción indígena originaria campesina o con comunidades o pueblos indígenas, los medios de prueba que ellos tienen a efecto de darle el valor correspondiente atendiendo a la igualdad jerárquica de sistemas jurídicos, además de no valorar monoculturalmente las pruebas, lo que implica que, evidentemente, no sólo deberá considerarse la experiencia del juzgador o las reglas de la vida, sino que deberán considerarse, fundamentalmente, las experiencias propias de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, en el marco de una valoración intercultural de las pruebas.

En ese sentido, está la SCP 890/2013 de 20 de junio, que entendió que a partir del principio de igualdad jerárquica entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina contenido en el art. 179.II de la CPE, que las pruebas obtenidas en ambos sistemas de justicia tiene la misma validez legal. Dijo:

“(…)si bien el accionante ha adjuntado a su acción elementos probatorios proveniente del sistema jurídico ordinario que acreditarían el supuesto avasallamiento, la parte demandada también ha adjuntado documentación y certificaciones que acreditarían su posesión anterior a los supuestos hechos denunciados, y al abandono del predio que reclaman al accionante; documentación que fue otorgada por las autoridades del sistema indígena originario campesino, las cuales en el marco de lo señalado en el Fundamento Jurídico III.3. de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional tiene igual jerarquía que las autoridades provenientes del sistema ordinario; consiguientemente, al existir controversia en las pruebas presentadas, este Tribunal no puede dar credibilidad a alguna de ellas en desmedro de las otras, pues eso implicaría lesionar el principio de igualdad jerárquica”.

- **La prueba o actividad probatoria y su vinculación con el debido proceso y derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva**

Debido proceso y acceso a la justicia en la prueba

La prueba o actividad probatoria en general y en cualquiera de la pluralidad de jurisdicciones, es un medio procesal para garantizar el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales del debido proceso y del derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva.

En efecto, sumado al principio de verdad material, otros principios constitucionales y derechos fundamentales que sustentan la prueba, más propiamente la actividad probatoria, para efectos de su **admisión y producción, así como a la valoración de la misma**, es el debido proceso, además consagrado como derecho fundamental y garantía constitucional y el derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva, previstos en el art. 115 de la CPE, por cuanto toda aplicación del derecho implica la existencia de unos hechos y la prueba de los mismos o, lo que es lo mismo, no puede pensarse en un proceso, proveniente de cualquier jurisdicción (civil, penal, familiar, etc.) sin la prueba de los hechos, dado que como refiere CHAIA²⁴ la prueba es un límite de la arbitrariedad, puesto que probar un hecho impide acudir a razones místicas, mágicas o esotéricas y a su vez, permite analizar la responsabilidad de la decisión que se toma en torno a un caso concreto, ya que la ausencia de prueba conduce a la marginación de la razón, a mantenernos expectantes ante una eventual supresión de nuestra libertad individual en favor del más crudo autoritarismo.

<p>Derecho a la defensa</p>	<p>El derecho a la defensa está consagrado en el art. 119.II de la CPE, que señala: “Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa”, cuyo titular es el imputado en el proceso penal, y el demandado en el proceso civil, laboral, constitucional, etc.</p>
<p>Derecho de la víctima a ser oída</p>	<p>El derecho de la víctima a ser oída está previsto en el art. 121.II de la CPE, que establece que la víctima (demandante, accionante, recurrente, etc.) “(...) tendrá derecho a ser oída antes de cada decisión judicial.</p>
<p>Derecho a probar:</p>	<p>El debido proceso, específicamente, el derecho a la defensa y el derecho de la víctima (en sentido amplio) a ser oída, supone el derecho a probar, con dos vertientes esenciales: derecho a proponer la prueba y derecho al pronunciamiento sobre las pruebas propuestas o, lo que es lo mismo, derecho a la valoración de la prueba propuesta.</p>
<p>✓ Derecho a proponer la prueba</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El derecho a proponer la prueba si bien es un derecho que debe ser ejercido en los términos y plazos procesales que establece cada norma procesal en materia civil, penal, constitucional, etc. sin embargo, atendiendo el principio de verdad material, el Juez debe flexibilizar los plazos y términos procesales a efectos de que las partes en el proceso puedan proponer la prueba que consideren necesaria, más aún si esta está vinculada con un derecho sustancial (principio de primacía del derecho sustancial), supuesto en el cual debe redimensionarse a través de una interpretación favorable el principio de preclusión.
<p>✓ Derecho a la valoración de la</p>	<ul style="list-style-type: none"> • En ese sentido, recuérdese que la jurisprudencia constitucional, sobre el derecho al pronunciamiento sobre

²⁴ CHAIA, Rubén A. “La prueba en el proceso penal” Hammurabi Editores, Buenos Aires, 2010; pp. 52 y ss.

<p>prueba propuesta bajo:</p> <p>-Principio de valoración razonable de la prueba</p>	<p>las pruebas propuestas o, lo que es lo mismo, el derecho a la valoración de la prueba propuesta, ha señalado que la arbitraria valoración de la prueba, o la omisión en su valoración puede dar lugar a que las resoluciones judiciales sean denunciadas como lesivas al derecho y garantía al debido proceso. Así, la SC 965/2006-R, reiterada por muchas otras sentencias, entre ellas, la SCP 487/2014, señaló que la justicia constitucional puede revisar -a través de una acción de defensa- la valoración de las pruebas cuando: “(...) en dicha valoración: a) exista apartamiento de los marcos legales de razonabilidad y equidad previsibles para decidir (SC 0873/2004-R y 106/2005-R, entre otras), o b) cuando se haya omitido arbitrariamente valorar la prueba y su lógica consecuencia sea la lesión de derechos fundamentales y garantías constitucionales (SC 129/2004-R de 28 de enero).</p>
<p>Derecho a la conservación de la prueba</p>	<p>Ante la eventualidad que las pruebas puedan ser dolosa o negligentemente deterioradas, las partes o la autoridad jurisdiccional puede proponer medidas conservativas o cautelares sobre la prueba, es decir, pruebas anticipadas. Por ejemplo, un testigo en peligro de morir puede ser oído por el juez extra proceso para conservar la memoria de su testimonio, como puede ocurrir con un documento que puede ser destruido o alterado. En materia penal, toda la información recogida en la investigación preliminar, y la que se acumula cuando no hay siquiera sindicado conocido, resulta ser un procedimiento cautelar sobre la prueba, para ser empleada cuando se individualice al posible autor.</p>
<p>Derecho a la contradicción de la prueba</p>	<p>Es el derecho de toda persona a no sólo conocer la existencia de pruebas propuestas por la otra parte, sino a contrainterrogar testigos, objetar dictámenes, extender el objeto de la inspección o rebatir en la misma los hechos apreciados y tachar por falsedad los documentos que le son presentados. El derecho a controvertir las pruebas, puede ser ejercido en los momentos procesales que establece cada norma procesal, sin embargo, atendiendo el principio de verdad material, el Juez debe flexibilizar los plazos y términos procesales, o lo que es lo mismo, debe redimensionarse el principio de preclusión procesal a la luz del principio de verdad material. Así por ejemplo, el art. 251 del Código de Procedimiento Penal de Colombia, establecía que en la justicia regional no habría contracción de la prueba en la etapa de investigación, sin embargo, esta disposición fue declarada inexecutable (inconstitucional) en la sentencia C 150 de 22 de abril de 1993.</p> <p>A ello se suma que el derecho a la contradicción de la prueba está vinculado con el derecho a la defensa, por cuanto tendrá validez y eficacia las pruebas judiciales cuando las partes hayan tenido la oportunidad de contradicción de la prueba.</p>
<p>Derecho al proceso previo y Derecho a ser oído por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial</p>	<p>El derecho al proceso previo está previsto en lo arts. 117.I de la CPE que señala: “Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso (...)”; 120.I de la CPE que establece: “Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente, independiente e imparcial (...)”, aplicable para ambas partes del proceso.</p> <p>Los arts. 8.1 y 82 de la Convención Americana de Derechos Humanos establecen que entre las garantías mínimas del debido proceso, están</p>

Derecho a la igualdad de oportunidades de las partes
Derecho a la tutela judicial efectiva y oportuna

la concesión al inculpado del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

El derecho a igualdad de oportunidades en el proceso está previsto en el art. 119.I de la CPE que establece “Las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y derechos que les asistan (...)”

El derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva y oportuna está reconocido en el art. 115.I de la CPE que señala: “Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”.

f. La vinculatoriedad razonada a la jurisprudencia constitucional a partir del estándar más alto de protección a los derechos

El primer cambio de paradigma sobre la comprensión de la jurisprudencia constitucional fue el valor que se le otorgó en el sistema de fuentes. Pasó de ser una fuente meramente auxiliar del derecho a ser fuente directa, esto significa que los jueces crean derecho a través de la interpretación de las normas, derecho de origen judicial²⁵, el que es vinculante a todos los poderes del Estado y a los particulares. El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional está previsto en el art. 203 de la Constitución, siendo su fundamento la garantía de igualdad en la aplicación de la ley (arts. 8.II y 14.III de la CPE) y de seguridad jurídica (art. 178.I de la CPE).

Ahora bien, la vinculación a la jurisprudencia constitucional está ante un nuevo paradigma en la historia jurisprudencial de Bolivia con consecuencias jurídicas importantes en la labor de los jueces de la pluralidad de jurisdicciones, conforme se pasa a explicar. Este cambio de modelo, se produce el año 2013 con la emisión de la SCP 2233/2013-AL²⁶ reiterada por la SCP 87/2014. Hasta antes de esta sentencia, el precedente constitucional en vigente era el último en términos temporales, por resultar éste el que estaba en vigor, sin importar si el entendimiento jurisprudencial que había acogido era o no el más favorable o más progresivo en términos de protección a los derechos.

A partir de la SCP 2233/2013-AL reiterada por la SCP 87/2014, el precedente constitucional vigente, resulta aquél que acoja el estándar más alto de protección del derecho fundamental o garantía constitucional invocado, es decir,

²⁵ Respecto al valor de la jurisprudencia constitucional, los valores, principios y derechos que se resguarda con el carácter vinculante, consultar la SCP 0846/2012 de 20 de agosto, que sistematiza todas las sentencias sobre el tema.

²⁶ SCP 2233/2013-AL, está disponible en: <http://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/FichaResultado/16434>

aquella decisión que hubiera resuelto un problema jurídico de manera más progresiva y favorable a través de una interpretación que tiende a efectivizar y materializar de mejor manera los derechos fundamentales y garantías constitucionales previstos en la Constitución y en las normas del bloque de constitucionalidad. Por lo que la invocación y aplicación de un precedente constitucional, debe ser escogido después el examen o análisis integral de la línea jurisprudencial, ya no solamente fijándose el criterio temporal del mismo, esto es, el último en términos de fecha de emisión por el Tribunal Constitucional, que hubiere cambiado, modulado o reconducido un determinado entendimiento jurisprudencial, sino sobre todo aquél que sea exponente del estándar más alto de protección del derecho. Para ello, debe utilizarse el método de comparación, de cuyo resultado, puede resultar que el precedente vigente siga siendo por ejemplo uno emitido el año 1999, pese haber sido cambiado, modulado o reconducido el año 2016.

Este nuevo paradigma en la aplicación del Derecho Jurisprudencial en definitiva **determina una vinculatoriedad a la jurisprudencia constitucional de manera razonada a partir del estándar más alto**, con al menos dos consecuencias prácticas en la judicialización de los derechos: (1)

La autocontención de los magistrados que conforman por un periodo determinado de tiempo el Tribunal Constitucional Plurinacional, al momento de propender en la aplicación de entendimientos jurisprudenciales regresivos a los derechos y la obligación como órgano jurisdiccional de cierre a aplicar siempre estándares altos de protección a los derechos, caso en el cual tienen la obligación de unificar su jurisprudencia y avanzar siempre en entendimientos favorables a los derechos, dando concreción al principio de progresividad de los mismos; (2) Los jueces de la pluralidad de jurisdicciones tienen la obligación de vincularse a los precedentes constitucionales emitidos por el Tribunal Constitucional Plurinacional que contengan el estándar más alto de protección el derecho fundamental involucrado en un determinado problema jurídico; sin embargo, pueden apartarse de dichos precedentes con fundamentación



La vinculatoriedad RAZONADA a la jurisprudencia constitucional significa que el precedente constitucional que tiene que ELEGIR el juez (*de todas las jurisdicciones y la justicia constitucional*) para su aplicación a un caso concreto y al cuál se encuentra vinculado, es aquel que contiene el estándar más alto de protección del derecho fundamental involucrado, conforme lo entendió la SCP 2233/2013-Al reiterada por la SCP 87/2014, pudiendo/debiendo apartarse fundada y motivadamente de dicho estándar ÚNICAMENTE cuando obtenga respuestas, interpretaciones con un ESTÁNDAR AÚN MÁS ELEVADO, es decir, tenga una interpretación más progresiva a los derechos.

suficiente, cuando en la construcción argumentativa de su línea de pensamiento jurisdiccional individual (juez unipersonal) o colectiva (tribunales colegiados) obtengan respuestas, interpretaciones aún más progresivas, más favorables que los precedentes constitucionales que contienen estándares altos de protección de los derechos, por cuanto, los jueces de instancia, apelación y casación, en ejercicio de sus respectivas competencias y atribuciones se constituyen en los garantes primarios de los derechos sometidos a su competencia conforme lo entendió la SCP 112/2012. **Además, debe tenerse en cuenta que incluso el precedente constitucional que contiene el estándar jurisprudencial más alto (escogido por ser más favorable a los derechos después de la comparación entre precedentes contradictorios) se constituye un lineamiento jurisprudencial mínimo en favor de los derechos, porque bajo el principio de progresividad y favorabilidad están en constante construcción y garantía.**



La vinculatoriedad RAZONADA a la jurisprudencia constitucional, sobre la valoración de la prueba en materia civil y la interpretación del art. 397.I del CPC

- Por una parte, la **SCP 0466/2013**, establece que el juez está reatado valorar la prueba (documental, confesión, inspección judicial, peritaje, testificación) otorgándole el valor que le otorga la ley, es decir, sometiéndola al sistema de valoración tasada o legal y, sólo si la ley no determina otra cosa o ante su silencio, entonces recién puede valorar las pruebas según su sana crítica, bajo el argumento de que así se evita la arbitrariedad.
- La SCP 0466/2013, fue modulada por la **SCP 1631/2013**, haciendo una reinterpretación del art. 397.I del CPC, llegando a la conclusión que en virtud al principio de verdad material contenido en el art. 180 de la CPE, es posible que el juzgador se aparte del sistema de valoración tasada de la prueba, siendo, empero su obligación explicar los motivos por los que adopta dicha determinación, con el argumento, que si bien el Legislador o el Constituyente están habilitados a brindar criterios interpretativos o valorativos al juez (prueba legal o tasada), éstos no pueden predecir a través de mandatos normativos los resultados de una práctica hermenéutica-valorativa, tarea que es del juez.

En este ejemplo, es claro que el precedente vigente (no porque sea el último en términos de temporalidad, sino porque contiene un estándar alto de interpretación favorable a los derechos de acceso a la justicia, defensa y observancia del principio de verdad material) es el contenido en la SCP 1631/2013, que tendrá esa calidad de: vigente y vinculante, hasta tanto no exista una interpretación aún más favorable a los derechos.

Estas dos consecuencias jurídicas están implícitas en la norma contenida en el art. 256.I de la Constitución²⁷ cuando entiende que a la hora de aplicar y judicializar los derechos, el criterio para decantarse por la aplicación de la norma constitucional o, en su caso, de la norma internacional de derechos humanos, es el principio de favorabilidad respecto al goce efectivo del derecho como tal. Por lo que si el criterio para aplicar una u otra fuente normativa es el de favorabilidad, del mismo modo, tal criterio debe utilizarse en la fuente de derecho de origen jurisprudencial cuyas consecuencias prácticas se visibilizan a la hora de vincularse a la jurisprudencia de un órgano jurisdiccional de cierre o, en su caso, generar interpretaciones propias apartándose de dichas fuentes jurisprudenciales, siempre tomando como criterio de selección o comparación el estándar más alto, es decir, el criterio jurisprudencial más favorable, más progresivo, lo que ciertamente desplaza la práctica argumentativa de mirar únicamente la legitimidad competencial del órgano de cierre en cuestión que emite jurisprudencia vinculante²⁸.

Es decir, se postula el inicio del desplazamiento de la legitimidad argumentativa mirando al órgano, a la legitimidad argumentativa del peso de las razones -más favorables y progresivas en favor de los derechos- sin importar el órgano del cual emanan. Esta teoría incorporada al Derecho jurisprudencial de Bolivia el 2013, es armoniosa con el fenómeno teórico y práctico que produce el “diálogo jurisprudencial” entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los órganos judiciales superiores a nivel interno, que en los últimos años, a partir de ese diálogo en una relación de horizontalidad se ha ido influenciando mutuamente en la acogida de estándares altos de protección de los derechos humanos. En ese fenómeno se puede verificar que la Corte Interamericana, ha acogido la jurisprudencia producida por los tribunales nacionales, y a nivel interno, existe un creciente número de países que incorporan los estándares interamericanos de derechos humanos fijados por la Corte. Ello, en definitiva, genera una dinámica que enriquece la jurisprudencia del Tribunal y fortalece la vigencia de los derechos humanos en todos los Estados²⁹.

Otro de los argumentos que explican la vinculatoriedad razonada a la jurisprudencia constitucional a partir del estándar más alto, parte de la comprensión que la producción

²⁷ El art. 256.I de la Constitución señala: “Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta”.

²⁸ SAUMA ZANKYS, Mónica Gabriela: Autora, NEGRON PINO, María Elena: Colaboración, Serie: *Líneas Individuales de Pensamiento Jurisdiccional No.2, Derecho Laboral*. Fundación CONSTRUIR, Comisión Andina de Juristas, junio, 2015, pp.22-25.

²⁹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad*. El nuevo paradigma para el juez mexicano, Estudios Constitucionales, Año 9, No. 2, 2011, pp. 531-622. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000200014&script=sci_arttext.



judicial del derecho, es decir, la creación del derecho por los jueces a través de su jurisprudencia, al igual que otros órganos productores de normas -el legislativo por ejemplo- forma parte del sistema jurídico. Si esto es así, cuando la jurisprudencia se disocia de la unidad y validez que nace de la Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad, la creación de este derecho es simplemente un hecho extra sistémico. En ese sentido, las SC 0457/2004-R y SC 1369/2010-R y SCP 0846/2012-AAC, señalan que “la importancia del precedente vinculante es que da coherencia y unidad al sistema jurídico”. De ahí que un precedente constitucional se afirma, se mantiene en vigor o en vigencia, por la fuerza de su justificación, una justificación acorde con la Constitución y las normas del bloque de constitucional y se lo cambia cuando la fuerza de otra justificación **articula mejor** en el sistema jurídico³⁰, que no puede ser otra, que tener en cuenta el carácter progresivo de los derechos y su favorabilidad a la hora de aplicarlos, por lo mismo, el cambio no puede ser regresivo a los derechos, esa articulación tiene que ser para mejor, más progresista.

³⁰ ANDALUZ VEGACENTENO, Horacio, *La posición constitucional del poder judicial*, op cit. p.26

UNIDAD DIDÁCTICA 2:

DETERMINACIÓN DE LA PREMISA FÁCTICA

2.1. Delimitación del objeto de estudio en este tema

Conforme señala Marina Gascón Abellán, la resolución judicial de los conflictos jurídicos suele representarse como un silogismo práctico, donde primero debe fijarse las premisas, toda vez que a partir de una premisa mayor que viene a coincidir con la norma jurídica aplicable, la premisa fáctica o menor con los hechos probados, la conclusión es la decisión judicial³¹.

En ese orden, en este tema estudiaremos la importancia de fijar la premisa fáctica desde el punto de vista racional, partiendo de los problemas que plantea su determinación. Evidenciaremos que determinar la premisa fáctica (hechos) es tanto o, más problemático como fijar la premisa normativa (normas) por cuanto supone todo un proceso de razonamiento complejo que tiene que realizar el juez.

En efecto, fijar la premisa fáctica supone el estudio de la valoración judicial de la prueba, empero a través de una lectura diferente de lo aprendido, de una revisión de paradigmas, dado que este tema ha sido prevalentemente abordado desde el Derecho Procesal en General y del Derecho Procesal en cada materia en particular (penal, civil, laboral, etc.) pero no así desde la teoría de la argumentación jurídica que tiene un desarrollo incipiente, último enfoque desde el cual se estudia el *iter* intelectual del juicio de hecho, es decir cómo los jueces toman la decisión sobre si los hechos están probados o no, que viene a coincidir con la valoración de la prueba.

En efecto, la valoración de la prueba está concebida como una actividad racional consistente en la elección/decisión de la hipótesis de los hechos probados más probable y, por ende la exclusión de las otras hipótesis y, cómo se justifica la decisión probatoria; así como la calificación jurídica de esos hechos y su subsunción con el supuesto de hecho de la norma jurídica abstracta, que se explicará con detalle más adelante.

³¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “La prueba de los hechos”, en “La Argumentación en el derecho”, Editorial Palestra, Lima, 2005, p. 45.

2.2. Problemas que plantea la premisa fáctica

En el Módulo Argumentación Jurídica, Fundamentación y Motivación de Resoluciones judiciales citando a MacCormick se destacó problemas o insuficiencias graves que aquejan a los casos difíciles que únicamente pretendieran fundamentarse en razonamientos lógicos. Estos problemas pueden estar vinculados a la premisa normativa o a la premisa fáctica.



PROBLEMAS QUE PUEDEN PRESENTARSE EN LOS CASOS DIFÍCILES

Problemas vinculados a la premisa normativa	<ol style="list-style-type: none"> 1. Problemas de relevancia que se producen cuando existen dudas sobre cuál sea la norma aplicable al caso 2. Problemas de interpretación que surgen cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse la norma o normas aplicables al caso
Problemas vinculados a la premisa fáctica	<ol style="list-style-type: none"> 3. Problemas de prueba, que se plantean cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar. 4. Problemas de calificación que surgen cuando existen dudas sobre si un determinado hecho que no se discute, cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado

La teoría de la Argumentación jurídica ha tenido un desarrollo exhaustivo con relación los problemas que plantea la *premisia normativa o mayor*, como son los problemas de relevancia, que se producen cuando existen dudas sobre cuál sea la norma aplicable al caso concreto o, problemas de interpretación, que surgen cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse la norma o normas aplicables al caso, supuesto en el cual se realiza un juicio de derecho; sin embargo, no es tan profusa en el desarrollo y análisis de los problemas que suscita la *premisia fáctica o menor*, que

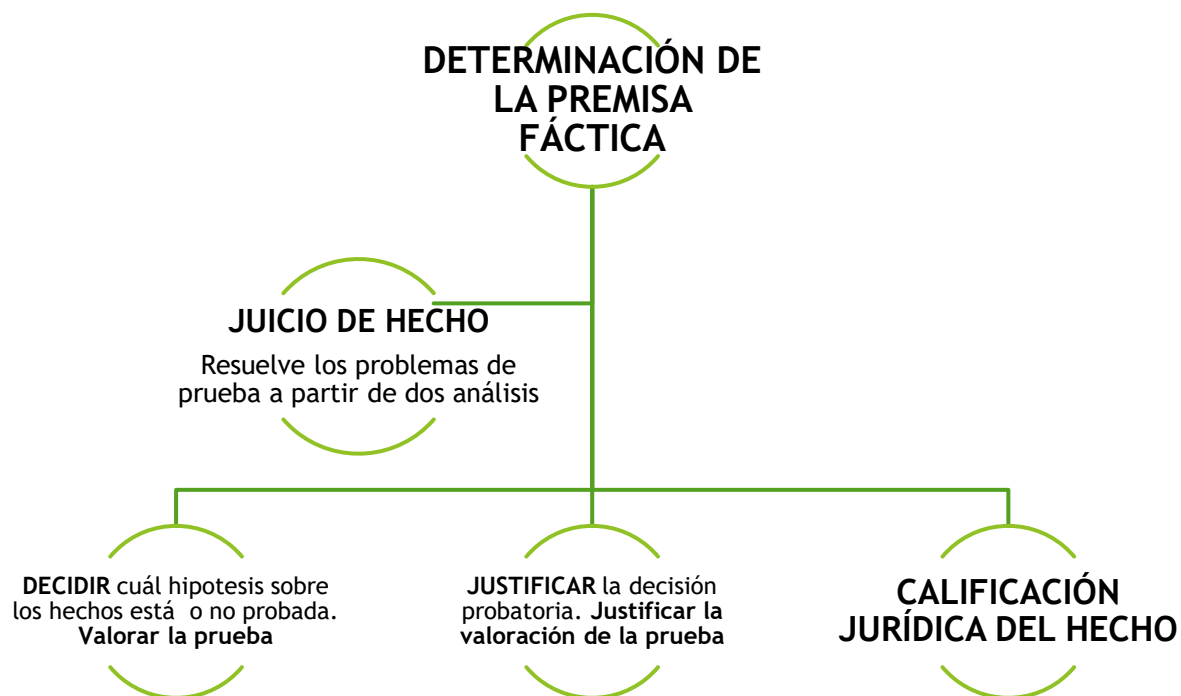
son: **1. Problemas vinculados a la prueba**, cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar, caso en el cual, se realiza un juicio de hecho, que “es tan problemático o más que el juicio de derecho; que en él la discrecionalidad del juez es a menudo mayor que en la interpretación de las normas; que es, en fin el momento de ejercicio del Poder Judicial donde el juez es más soberano y donde, en consecuencia, puede ser más arbitrario”³²; y **2. Problemas de calificación** que surgen cuando existen dudas sobre si un determinado hecho que no se discute, cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho de la norma. Es decir, a si un supuesto de hecho concreto constituye un caso particular del supuesto

³² GASCÓN ABELLÁN, Marina, *op. cit.*, p.364.

de hecho abstracto de una norma jurídica, para lo cual se realiza una operación normativa, mediante la cual se califican unos hechos, en el sentido de determinar que constituyen un caso concreto del supuesto de hecho abstracto en que se han de subsumir³³.

En cuanto a la calificación jurídica del hecho, este puede ser un problema vinculado con la interpretación, por lo que, en el caso concreto deberá ser tomado en cuenta al momento de efectuar la interpretación de la disposición legal para que, en la conclusión no existan problemas vinculados a la subsunción del hecho en la premisa normativa reconstruida.

La fijación o determinación de la premisa fáctica, puede graficarse de la siguiente manera:



2.3. Problemas de prueba: El juicio de hecho

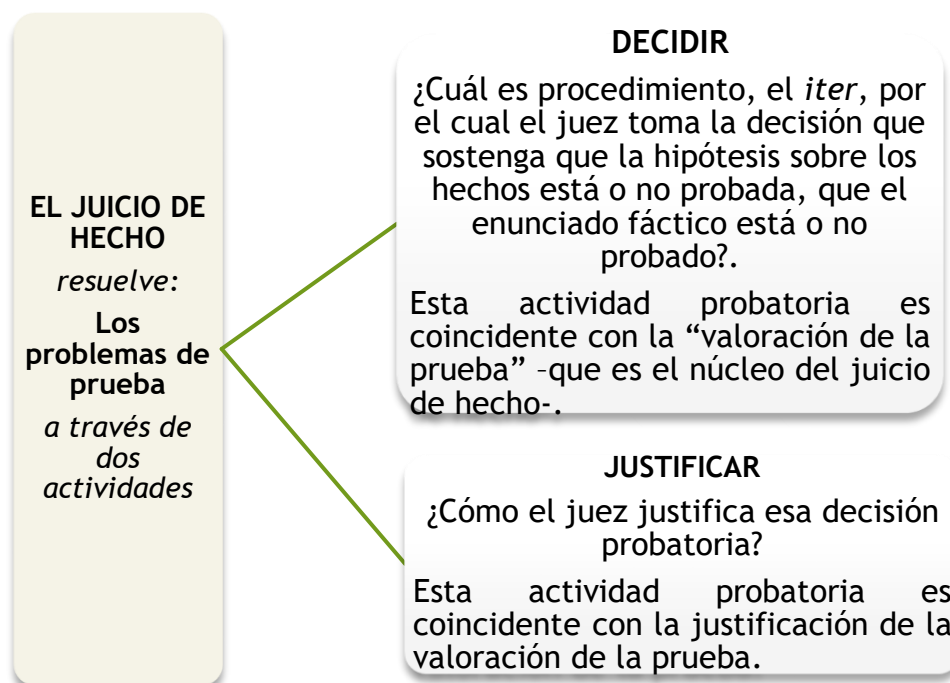
El juicio de hecho debe ser analizado desde dos perspectivas diferenciadas para resolver los problemas de prueba: por una parte, cómo los jueces toman la decisión sobre los

³³ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los Hechos en el Derecho, Bases Argumentales de la Prueba*, Tercera Edición, Editorial Palestra, Madrid, 2010, p. 45.

hechos probados que es coincidente a decir, cómo “valoran la prueba” -que es el núcleo del juicio de hecho- que consistente en afirmar que tal hipótesis sobre los hechos está o no probada, es decir, cuál es el proceso, el *iter* para tomar esa decisión. La otra perspectiva se refiere, a cómo se justifica, cómo se motiva esa decisión probatoria, cómo se debe justificar ese juicio sobre los hechos, esa valoración de la prueba, es decir, con qué tipo de razones jurídicas se va a justificar esa decisión.

Eso significa que el juicio de hecho no es una actividad libre en manos del juez, sino por el contrario requiere razonamientos racionales entre decidir y justificar que están en conexitud, pero no son lo mismo: “decidir no es argumentar”. Los argumentos, no son las decisiones sino las razones -o cierto tipo de razones-que pueden darse en favor de las decisiones³⁴. Esto supone distinguir entre el contexto del descubrimiento y el de la justificación.

El Juicio de hecho puede graficarse así:



³⁴ ATIENZA, Manuel, *Derecho y Argumentación jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2001, pág. 32

A ese efecto, es menester aclarar una expresión habitual en el proceso que señala que

Lo que se prueba NO son los hechos investigados, sino que la actividad probatoria o la prueba recae sobre las hipótesis de los hechos planteadas por alguna de las partes, es decir, sobre las afirmaciones que realizan acerca de los hechos juzgados y sus circunstancias.

Ejemplo en el proceso penal, sobre la actividad probatoria principal: Es obligación de la acusación probar lo que se aseveró (hipótesis acusatoria sobre los hechos) en su querrela, imputación y luego acusación; destruyendo en juicio la presunción de inocencia con la que ingresa al proceso el imputado. Del mismo modo, es obligación del imputado, en el caso de que la estrategia defensiva sea activa, desvirtuar (hipótesis defensiva activa sobre los hechos) la acusación mediante la actividad probatoria pertinente.

“se probó un hecho o no se probó un hecho”, debido a que la expresión correcta es decir “*la hipótesis sobre esos hechos está o no probada*” o, “*el enunciado fáctico está o no probado*”, últimas expresiones son las que serán utilizadas en este texto, por cuanto en rigor, no se prueban los hechos, lo que se prueban son enunciados sobre los hechos, descripciones, narraciones, relatos, es decir, las hipótesis sobre los hechos realizadas por las partes. Esto debido a que el juez no ha tenido acceso directo a los hechos (generalmente del pasado), de modo que lo que inmediatamente conoce son enunciados, hipótesis, narraciones, sobre los hechos, que provienen de ambas partes procesales, cuya verdad hay que probar. En suma, la actividad probatoria en general, no consiste

en averiguar los hechos, sino en confirmar o verificar lo que las partes han dicho al respecto, es decir, las hipótesis que han planteado.

En efecto, una primera deconstrucción que tiene que hacer todo juzgador formado básicamente por el Derecho Procesal es que, **el calificativo de verdadero se aplica no a los hechos del caso, sino a los enunciados sobre esos hechos, a la hipótesis sobre esos hechos**. Efectivamente, el juez no se encuentra ante hechos observables, sino ante declaraciones de esos hechos, declaraciones o enunciados de las partes que serán confirmados, probados o refutados por las pruebas que se presenten³⁵.

³⁵ RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, *Argumentación fáctica. Los enunciados declarativos de hechos probados*. En: *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*. Coordinación, Francisco Puy Muñoz y Jorge Guillermo Portela. 2004. Universidad de Santiago de Compostela, p. 360 y ss.

Como señala Taruffo, “Los hechos del mundo real existen (cuando existen) según modalidades empíricas absolutamente independientes de la esfera de las determinaciones conceptuales, valorativas o normativas: no son los eventos del mundo real los que se “construyen”, “definen” o “identifican”, porque éstos, por decirlo así “suceden” de forma absolutamente independiente de las categorías, de los conceptos y de las valoraciones que a ellos se refieren. Lo que se construye o se define en función de conceptos, valores o normas son enunciados relativos a hechos del mundo real. (...) En consecuencia, en el proceso “el hecho” es en realidad lo que se dice acerca de un hecho: es la enunciación de un hecho, no el objeto empírico que es enunciado”. “Los hechos materiales existen o no existen, pero no tiene sentido decir de ellos que son verdaderos o falsos; sólo los enunciados fácticos pueden ser verdaderos, si se refieren a hechos materiales sucedidos, o falsos, si afirman hechos materiales no sucedidos”. TARUFFO, Michel, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002, trad. Jordi Ferrer Beltrán, pp. 113, 114 y 117.

La hipótesis de los hechos probados en sede judicial, que no es otra cosa que *la verdad procesal o relativa* que llega a determinar el juzgador en el proceso debe estar apoyada en elementos de prueba que le otorguen un grado de aceptabilidad, es decir, debe ser una reconstrucción que se acerque lo más posible a los hechos reales o lo que se conoce como *verdad objetiva*. Por lo mismo, mientras existan más pruebas a favor de la hipótesis fáctica que se plantea y por la que el juez se decide, la verdad procesal o relativa se aproximará más a la verdad objetiva, como correspondencia con la realidad. Hablamos de verdad procesal o relativa, por cuanto, como se estudiará en *el Tema No. 5 sobre el Carácter institucionalizado de la prueba judicial*, existen límites probatorios en la búsqueda de la verdad absoluta, como correspondencia con la realidad, por cuanto esta última no puede ser conseguida a cualquier precio.

Otra aclaración importante es la utilización indistinta que se hará en este texto de las siguientes expresiones cuando estudiemos la justificación de los hechos probados, como son: “justificación de la decisión sobre los hechos probados”, “justificación de la valoración judicial de la prueba”, “justificación del juicio de hecho” o, “justificación de una hipótesis o enunciado fáctico”, dado que tiene el mismo contenido conceptual.

Justificar una hipótesis o enunciado fáctico consiste en aducir razones que permitan sostener que el hecho probado es verdadero o probable. Los criterios de justificación de la hipótesis más aceptados son: confirmación, no refutación y de la mayor confirmación que cualquier otra hipótesis; aspectos que serán estudiados con mayor detalle en el *Tema No. 3 referido al Juicio de hecho y la valoración de la prueba judicial*.

2.3.1. La prueba judicial: Su concepción en nuestro modelo de Estado

La manera de cómo se concibe la ciencia jurídica, es decir, cómo se entienden sus institutos jurídicos, sus postulados, no es un tema intrascendente por cuanto la elección de uno de los significados frente a otros determinará cómo actúan los órganos de aplicación -es decir los órganos que ejercen jurisdicción- de ahí que tiene importancia en su aplicación práctica, más aún en el ámbito judicial.

En ese orden, después de analizar las principales concepciones sobre la prueba judicial abordadas por Marina Gascón Abellán³⁶ que pretenden responder qué es la prueba judicial, qué persigue la prueba en el proceso judicial, es posible señalar que nuestra Constitución Política del Estado, adopta una **concepción cognoscitivista de la prueba**, que la concibe como un *instrumento de conocimiento*, es decir, como una actividad encamina a conocer o averiguar la verdad real u objetiva sobre hechos controvertidos. En esta concepción “la valoración de la prueba se concibe como una actividad racional, consistente en comprobar la verdad de los enunciados, de las hipótesis, a la luz de las pruebas disponibles, y por ello susceptible de exteriorización y control”³⁷, frente a ella, se encuentra la **concepción persuasiva de la prueba** que entienden que la finalidad de ésta es sólo persuadir al juez con el objetivo de obtener una resolución favorable³⁸, es decir, concibe a la prueba como un mero *instrumento para la solución de conflictos*.

La concepción cognoscitivista de la prueba separa y diferencia estos conceptos (verdadero y probado) es decir, distingue entre la *verdad objetiva*, que es la verdad simplemente, que es la que está en un mundo independiente del proceso y del juzgador -que se busca alcanzar - y la *verdad procesal* que es la que se ha probado en el proceso -la que se ha podido probar atendiendo todas las reglas o límites probatorios-.

Ello no significa que el modelo cognoscitivista no postule un realismo mínimo. Sí lo postula, y por tanto concibe el conocimiento de los hechos como la relación entre el sujeto cognoscente -juez- y mundo real. Ahora bien, que las condiciones y obstáculos teóricos e institucionales para alcanzar el conocimiento impidan hablar de verdades absolutas no invalida el modelo cognoscitivista, pone sólo de manifiesto que hay que tomar conciencia del carácter relativo y no absoluto del conocimiento alcanzado, y que tal vez por ello sea preferible hablar de probabilidad o conocimiento probable en lugar de verdad. Pero un conocimiento probable sigue siendo un conocimiento objetivo, pues la falta de certeza absoluta no puede conducir a ignorar que existen diferentes grados de certeza.³⁹

³⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los Hechos en el Derecho*, pp. 45 y ss.

³⁷ *Ibid.*, p. 365.

³⁸ *Ibidem.*, p. 366.

³⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los Hechos en el Derecho*, p. 61.

De ahí que es importante distinguir entre las expresiones que señalan que la **premisa fáctica es verdadera**, que significa que los hechos descritos han existido o existen en el mundo independiente de lo que conoce el juez en el proceso, es decir que los hechos se corresponden con la realidad y la expresión que afirma que la **premisa fáctica está probada**, que significa que la verdad ha sido comprobada, es decir, que el enunciado ha sido confirmado por las pruebas disponibles que sean susceptibles de exteriorización y de control en el proceso, es decir, que hay elementos de prueba suficientes como para que el juez pueda tener esa descripción, esa hipótesis, ese enunciado sobre los hechos, por verdad.

Por supuesto que esta última verdad, la procesal, tendrá que aceptarse como la verdad última y final, porque algún día tiene que cerrarse el conflicto de manera autorizada por los jueces en el proceso y, de ahí “deriva una exigencia para el procedimiento de fijación de los hechos que ha originado el conflicto: la búsqueda de la verdad sobre esos hechos puede alargarse indefinidamente; tiene que existir expedientes procesales que permitan fijar la verdad cuando no resulte fácilmente descubrible; y tiene que llegar un momento en que la verdad procesalmente declarada se acepte como verdad última. Claro está que esta verdad última no será infalible, pero será final, en el sentido de que pondrá fin al conflicto autorizadamente”⁴⁰.

Esta diferencia supone entonces que la verdad procesalmente declarada en el proceso, como ocurre por ejemplo en materia penal que define que una persona es inocente (o culpable), aunque haya pasado todas las instancias de un proceso, puede ser tenida como falsa, equivocada o errónea -claro que esta crítica es externa porque solo puede hacérsela fuera del proceso judicial-, precisamente porque se entiende que una situación es lo verdadero y otra lo probado, que además da cuenta el carácter autorizado pero falible de la declaración de los hechos en la sentencia. Por ello, la autora concluye que **esta distinción, además hace evidente la necesidad de adoptar cautelas y garantías para hacer que la declaración de hechos obtenida en el proceso (verdad procesal) se aproxime lo más posible a la verdad simplemente (verdad objetiva) para lo cual es necesario aumentar la calidad de la verdad procesalmente alcanzada.**

En ese orden, en el Tema No. 3, referido al Juicio de hecho y la valoración de la prueba, estudiaremos cuáles son las **condiciones** para que el resultado de una decisión judicial respecto a los hechos o, lo que es lo mismo, el resultado que produce el juicio de hecho (verdad procesal) tenga una **calidad** en el conocimiento de esos hechos que se aproxime lo más posible a la verdad simplemente (verdad objetiva) y, con ello, se minimicen los

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 108.

errores judiciales o se anulen y, conduzca por tanto a que la resolución judicial sea justa.

Como señala Marina Gascón, el concepto de verdad traduce, en relación con el de prueba, **un ideal**, y “en esta medida dicha distinción tiene la virtualidad de poner de relieve las inevitables limitaciones que el procedimiento probatorio padece a la hora de averiguar lo que efectivamente ha sucedido”⁴¹. Averiguar la verdad sobre los hechos litigiosos no es un tema sencillo, tiene limitaciones -de las que el juez tiene que ser consciente-, estas limitaciones suponen que la averiguación de la verdad no es libre sino una tarea reglada, con reglas de muy variado tipo, como ocurre por ejemplo en el proceso penal, en el que la averiguación de la verdad no puede ser obtenida a cualquier precio, por ejemplo, mediante la tortura, el engaño u otros medios intolerables para el derecho o violación a los derechos fundamentales y garantías constitucionales, existiendo normas reguladoras (arts. 167, 171 y 172 del CPP) que se estudiarán en el Tema No. 5 sobre el carácter institucionalizado de la prueba judicial.

La misma autora señala que la **concepción cognoscitivista de la prueba** es la más adecuada en el ámbito judicial porque resulta conceptual, práctica y valorativamente adecuada.

- Es **conceptualmente** adecuada porque el concepto de verdad como correspondencia con la realidad objetiva, es la que se pretende obtener en el proceso cuando se le pide a un testigo que diga la verdad, toda vez que no se le pide que diga lo que estima útil o que sea coherente, sino que describa los hechos, tal y como sucedieron.
- Resulta **prácticamente** adecuada porque lo que interesa en el proceso es conocer cuáles son los hechos que han tenido lugar, por ejemplo, si el juez se formula la hipótesis de que “A mató a B”, le interesa saber si en realidad “A mató o no a B”.
- Por último resulta también **valorativamente** adecuada porque para afirmar que una decisión judicial se encuentra justificada, no es suficiente que satisfaga, tenga éxito o que sea aceptada, sino que la verdad procesalmente declarada tenga correspondencia con los hechos reales.

Permite **valorar que la verdad procesalmente declarada en el proceso es una verdad probable y, por tanto, puede ser falsa**. Así por ejemplo la hipótesis que declare a un imputado inocente (o culpable), aún haya pasado por todas las instancias del proceso y esté en contraste con todas las pruebas disponibles puede ser falsa, es decir, no dejará

⁴¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los Hechos en el Derecho*, op. cit. p. 45.

de ser una verdad probable, por lo mismo, permite valorar la falibilidad de la decisión⁴². Esto se aplica, incluso cuando la verdad de los hechos está basada en pruebas científicas. Nótese que la prueba del ADN, aún cuando tiene una elevadísima fiabilidad que ha llevado a aceptar sus resultados como infalibles, se ha abierto paso a una postura más crítica, sobre las técnicas de análisis de esta prueba basada en complejos cálculos estadísticos (supone la valoración de la metodología científica utilizada) y sobre su correcto uso (exige una valoración al perito y al dictamen pericial), dado que, “la alegada científicidad de las pruebas no justifica por sí misma la certeza de sus resultados, porque su admisibilidad y posterior valoración hace necesario controlar en cada caso concreto la metodología científica usada y su correcta utilización, tareas que -no se olvide-corresponden al juez, y que exigen, por tanto, su apertura a conocimientos extrajurídicos⁴³.”

En esa misma línea HASSEMER⁴⁴, sostiene que el “el averiguamiento de la verdad no es la meta (...) del proceso penal. La meta es más bien la obtención formalizada de la verdad. El derecho procesal penal plantea al juez una tarea que no puede realizar: averiguar la verdad, pero no a cualquier precio. El precio son los derechos de la persona que sirve de medio de prueba y tales derechos cuestan la completa averiguación de la verdad. (...) Lo que el juez descubre no es la verdad material, sino la verdad obtenida por vía formalizada, es decir, la verdad forense (...)”.

En cambio en la **concepción persuasiva de la prueba**, el objetivo de la prueba es dar una solución *práctica al conflicto*, por lo mismo, no será necesario que la prueba se oriente a la averiguación de la verdad sobre los hechos litigiosos, bastará con “convencer al juez” de su ocurrencia, apelando a sus emociones, a su ideología, etc., con obtener un “resultado formal” que sea operativo. Esta concepción, por tanto, es irracional, porque la persuasión es un estado psicológico que puede fundarse sobre cualquier cosa que haya influido en la decisión y no necesariamente en la producción de pruebas. De ahí que **a diferencia de lo que ocurre con la concepción cognoscitivista, no es necesario justificar la decisión probatoria**. Esta concepción, como instrumento para la resolución de conflictos está muy enraizada en el ámbito civil, empero, debe reconducirse a la luz de la Constitución, que postula el principio de verdad material (art. 180 de la CPE).

En efecto, uno de los principios constitucionales que sustentan la prueba, para efectos de su admisión y producción, así como a la valoración de la misma, es el principio de verdad material.

⁴² *Ibid.*, p. 62.

⁴³ *Ibidem*, p. 152.

⁴⁴ HASSEMER, Winfried, “Fundamentos del derecho penal”; Barcelona, Ed. “Bosch”, 1984, p. 190 y ss.

- **El principio de verdad material:** Este principio se encuentra previsto en el art. 180 de la CPE, en virtud al cual la o el juzgador debe a buscar la paz social, la aplicación de la justicia y el respeto a los derechos humanos, buscando la verdad de los hechos, por encima de mecanismos formales o procesales, con la finalidad de que las partes accedan a una justicia material, eficaz y eficiente, procurando que el derecho sustantivo prevalezca sobre el formal (SCP 1662/2012). Así, el principio supone “la superación de la dependencia de la verdad formal o la que emerge de los procedimientos judiciales, por eso es aquella verdad que concierne a la realidad, superando cualquier limitación formal que restrinja o distorsione la percepción de los hechos, a la persona encargada de juzgar a otro, o de definir sus derechos y obligaciones, arribando a una decisión injusta que no corresponda a los principios, valores y valores éticos instituidos en la Ley Fundamental y a los que todas las autoridades de todos los órganos de poder, están compelidos a cumplir; en ese sentido, es lógico que a fin de efectivizar una impartición de justicia menos formalista y procesalista, dando lugar a una material y efectiva, que respete los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas, devenga la obligación de una correcta apreciación de los medios probatorios durante el proceso” (SCP 28/2015).

Conforme todo lo expuesto, podríamos concluir que nuestra Constitución Política del Estado adopta una concepción cognocitivistica de la prueba.

REFLEXIONO Y RESPONDO CRÍTICAMENTE

- ❖ ¿Cuál es la concepción que tengo acerca de la prueba judicial?
- ❖ ¿Desde la concepción cognocitivistica de la prueba que separa y diferencia los conceptos de verdadero y probado, cuál es mi opinión sobre la posibilidad que la decisión de hechos probados en que se basa una sentencia judicial - aún hubiere pasado por todas las instancias- puede ser falsa, equivocada o errónea?

Nota: Estas preguntas forman parte del proceso de aprendizaje, pero no serán sujetas a evaluación.

2.3.2. Contexto del descubrimiento y de la justificación en el juicio de hecho

Como sostiene Marina Gascón, en el discurso fáctico, y concretamente en el discurso sobre la prueba, el *descubrimiento* es el *iter* intelectual que ha conducido al juez a formular como verdaderas aserciones sobre hechos controvertidos, en tanto que la justificación hace referencia a las razones por las que dichas aserciones pueden entenderse como verdaderas; por ello, el contexto de descubrimiento no puede confundirse con el de justificación y, en ese ámbito, la motivación debe ser entendida

como el conjunto de argumentos que permiten presentar dichas afirmaciones como verdaderas⁴⁵.

Lo señalado puede ser comprendido a través de un ejemplo que nos proporciona Marina Gascón: Un fantasma reveló a Hamlet que su padre no murió de muerte natural, sino que fue asesinado por el marido de su madre; sin embargo, ahora tiene que justificar dicha revelación; es decir, tiene que justificar la hipótesis que sostiene que el padre de Hamlet fue asesinado por el marido de su madre (h), y para hacer se apoya en las pruebas (p) existentes.

“p1: El marido de la madre de Hamlet tenía motivos para matar al padre de Hamlet (convertirse en rey de Dinamarca)

p.2: Ese hombre y madre se casaron apresuradamente.

p.3 El padre de Hamlet gozó siempre de buena salud”⁴⁶.

Conforme a ello, resulta indiferente la forma en que se le reveló el asesinato de su padre, siendo lo importante justificar la hipótesis planteada.

Nótese que la hipótesis planteada es: “el padre de Hamlet fue asesinado por el marido de su madre”(h) y la forma en que se descubrió ese hecho (contexto del descubrimiento) fue porque “un fantasma le reveló”.

El ejemplo da cuenta que en el contexto de descubrimiento en el que se plantea la hipótesis de los hechos que luego debe ser justificada, puede estar (y de hecho están) presentes elementos puramente emotivos y hasta irracionales del juez, aunque lo correcto es plantear una o más hipótesis sobre hechos que pueden y deben transcurrir mediante operaciones racionales, como se verá en el Tema 3, referido al Juicio de Hecho y la valoración de la prueba judicial, contenido al que nos remitimos, para explicar que el planteamiento de la hipótesis aún esté en el contexto del descubrimiento no es libre, debe estar justificada (justificación interna) a través de razonamientos lógicos -prevalentemente inductivos-, que respondan a la pregunta *cómo se ha llegado* racionalmente a esa afirmación, a esa hipótesis y además, como se analizará en el Tema 5, el planteamiento de la hipótesis sobre los hechos probados, aún en el contexto del

⁴⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La prueba de los hechos”, en *La argumentación en el derecho*, op. cit. pág. 414.

⁴⁶ *Ibíd.* p.414.

descubrimiento tiene una carácter institucionalizado de reglas, es decir, está sometido a límites probatorios.

Ahora bien, el contexto de justificación en la argumentación jurídica no se agota con la mera justificación interna de “*la hipótesis sobre si esos hechos está o no probada*” o, “*el enunciado fáctico está o no probado*” a través de razonamientos lógicos, que en el caso de la prueba es prevalentemente inductivo, sino que es imprescindible que la justificación de la misma sea coherente y consistente con los principios y valores que fundamentan el sistema jurídico (justificación externa), que responda a la pregunta **cuáles son las razones** que justifican esa afirmación, esa hipótesis sobre los hechos (contexto de la justificación), que será estudiado en el Tema No. 4 referido al Juicio de hecho y la justificación de la valoración de la prueba judicial.

2.3.3. Las razones explicativas y las razones justificativas en el juicio de hecho

En el marco de lo señalado en el anterior punto, las razones podrán ser explicativas o justificativas. Así a través de las primeras se buscará *establecer cuál la causa o motivo para tomar determinada decisión* y cual la finalidad u objetivo que se perseguía, en cambio las razones justificativas tienen como finalidad *lograr que dicha decisión sea aceptable o correcta*⁴⁷.

En el ámbito del razonamiento jurídico, Atienza señala que se dan razones justificativas, pero aclara que las razones explicativas tienen un papel importante en la decisión. Así, señala que si bien fundamentar una sentencia significa ofrecer una justificación, no una explicación de la decisión; empero, a partir del silogismo jurídico, en el que una de las premisas es un enunciado empírico (premisa fáctica), se necesita para su establecimiento contar con razones explicativas. **No obstante lo dicho, es evidente que una vez explicado el hecho, son las razones justificativas las que valen en el ámbito del razonamiento jurídico.** Esto se puede graficar con el siguiente ejemplo, que se lo simplifica para una adecuada comprensión:

Premisa mayor (normativa) Se encuentran las razones justificativas

Art. 335 (Estafa) El que induciendo en error por medio de artificios o engaños, sonsacare a otro dinero u otro beneficio o ventaja económica, incurrirá en privación de libertad de uno a cinco años y multa de sesenta a doscientos días

Premisa menor (fáctica) Donde se encuentran razones explicativas y también justificativas

Juan, con la finalidad de obtener un beneficio económico, hizo creer a Pedro que tramitaba visas a Estados Unidos, logrando obtener de éste la suma de 1.000

⁴⁷ ATIENZA, Manuel, *Derecho y argumentación*, op. cit., p. 32.

	<p>Şus dólares para el trámite (razones explicativas) Se justifica dicha conclusión (hipótesis o enunciado sobre los hechos) a través de las pruebas existentes y su valoración (razones justificativas)</p>
<p>Conclusión Donde se encuentran las razones justificativas</p>	<p>Juan cometió el delito de estafa por lo que debe ser privado de libertad por tres años.</p>

2.3.4. Una aproximación a la definición de valoración racional de la prueba judicial

La valoración de la prueba, es el juicio racional de aceptabilidad de los resultados producidos por los medios de prueba. Consiste, más propiamente, en la verificación de los enunciados fácticos introducidos en el proceso a través de los medios de prueba, así como en el reconocimiento a los mismos de un determinado valor o peso en la formación de la convicción del juzgador sobre los hechos que se juzgan⁴⁸. Queda así descartada la concepción de la valoración de la prueba como actividad subjetiva y/o esencialmente irracional, por su incompatibilidad con el objetivo del modelo cognoscitivista⁴⁹ que asume nuestro modelo Constitucional, que tiene como principio probatorio el principio de verdad material (art.180 de la CPE).

Valorar la prueba puede tener dos enfoques en su definición: En primer término, fijándonos en la pruebas que se han presentado, es posible señalar que valorar la prueba es el juicio o tarea que consiste en evaluar qué crédito tienen, qué confianza podemos depositar en ellas y evaluar también, con qué fuerza apoyan esos elementos de prueba la hipótesis que se pretende probar. Ahora bien, desde la perspectiva de las hipótesis que se quiere probar, es posible señalar que la valoración de la prueba es el juicio de aceptabilidad de las hipótesis, es decir, consiste en evaluar o averiguar si a la vista de las pruebas e informaciones disponibles, es razonable, es aceptable considerar, como verdadera, la hipótesis que describe los hechos. En ambas perspectivas lo cierto es que, valorar la prueba, es razonar. En efecto, cuando se decide si se probó o no la hipótesis litigiosa, se realizan razonamientos, a partir de determinadas pruebas y mediante determinadas inferencias, por las cuales se llega a determinadas consideraciones y resultados que, finalmente, se decantan en la decisión si esa hipótesis sobre esos hechos está o no probada.

De ahí que la definición habitual de la valoración de la prueba, que viene arraigada en el Derecho Procesal y en la práctica judicial, que señala simplemente y de manera uniforme que es una actividad que consiste en evaluar si a la vista de las pruebas disponibles, es razonable dar por probado un hecho, no tiene en cuenta que esa

⁴⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los Hechos en el Derecho*, op. cit. p. 141.

⁴⁹ *Ibíd.* p.144.

valoración tiene que estar sometida a reglas, a estándares objetivos que le permitan al juez medir si el grado de confirmación de la hipótesis que declara un hecho probado es aceptable. Estas reglas son de la confirmación, de la no refutación y de la mayor probabilidad que cualquier otra hipótesis, tema que será analizado en el Tema 4 de este texto.

2.4. Problemas de calificación

Estos problemas surgen cuando existen dudas sobre si un determinado hecho, que no se discute, se encuentra o no en el campo de aplicación de un determinado supuesto de hecho de la norma. El análisis se centra en la correspondencia entre el supuesto de hecho (premisa fáctica) con el derecho (premisa normativa) y, en ese sentido, en la mayoría de los casos el problema radica en la vaguedad de las reglas generales, por lo que se podría sostener que en realidad se está ante un problema de interpretación en sentido estricto⁵⁰.

Sobre el particular cabe señalar que en la calificación jurídica, se vislumbra la inexistencia de una separación radical entre premisa normativa y fáctica del razonamiento judicial, pues, como anota Uribe, “Determinar si el hecho X, una vez probado, puede subsumirse en el antecedente de la norma N es una operación que requiere comprobar si tal hecho presenta las propiedades que se indican en dicha norma, por lo que los problemas para determinar el significado de la norma se traducirán en problemas para calificar el hecho y, en definitiva, los problemas de calificación e interpretación aparecerán entrelazados”⁵¹.

Por ejemplo, que alguien sea un asesino es algo que depende de la norma jurídica que establece qué es un asesinato⁵², caso en el cual corresponde al juez determinar si el hecho de dar muerte a una persona una vez probada, puede subsumirse en el tipo penal de asesinato. Los problemas para determinar el significado de la norma, como ser qué debe entenderse por “motivos fútiles o bajos”, “alevosía o ensañamiento”, etc. previstos en el art.252 del Código Penal (AS 272/2015-RRC de 27 de abril de 2015 emitido por la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia), se traducirán en problemas para calificar el hecho y, en definitiva, los problemas de calificación e interpretación aparecerán entrelazados.

⁵⁰ TALAVERA, Pedro, *op. cit.*, p. 235.

⁵¹ URIBE, “Prueba y argumentación. Una aproximación al discurso iusfilosófico de la prueba”, p. 351. Disponible en versión digitalizada en: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ca7bb6004678d8d3a4c1e693776efd47/Prueba+y+argumentacion.+Un+discurso+iusfilos%C3%B3fico+de+la+prueba.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=ca7bb6004678d8d3a4c1e693776efd47>.

⁵² GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los Hechos en el Derecho*, *op. cit.* p. 191.

<p>PREMISA MAYOR (normativa) Problemas de interpretación sobre las propiedades que presenta la norma para calificar el hecho.</p> <p>- ¿Qué debe entenderse por “motivos fútiles o bajos”?</p>	<p>ARTICULO 252°.- (ASESINATO). Será sancionado con la pena de presidio de treinta años, sin derecho a indulto, el que matare: 2. Por motivos fútiles o bajos.</p> <p>RECONSTRUCCIÓN DE LA PREMISA NORMATIVA en base a argumentos interpretativos, jurisprudenciales, doctrinales, comparativos, que resuelvan que va a entenderse por “motivos fútiles o bajos”.</p>
<p>PREMISA MENOR (fáctica) Donde se encuentran razones explicativas y también justificativas que dan probada una determinada hipótesis.</p> <p>- ¿El hecho probado presenta las propiedades que se indican en la norma?</p>	<p>-El marido de la madre de Hamlet le ha quitado la vida a su padre, con “motivos fútiles o bajos” porque quería convertirse en rey de Dinamarca (razones explicativas)</p> <p>-Se justifica dicha conclusión (hipótesis o enunciado sobre los hechos) a través de las pruebas existentes y su valoración (razones justificativas)</p>
<p>CONCLUSIÓN (decisión) Donde se encuentran las razones justificativas</p>	<p>El marido cometió el delito de asesinato por lo que debe ser privado de libertad por treinta años.</p>

Así, el mismo autor sostiene que lo afirmado altera la distinción tradicional entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho dimanantes de la teoría dogmático-procesal de la prueba judicial, y que, siguiendo a Wroblewsky, la diferencia entre conceptos de derecho y de hecho se relativiza cuando se desciende del nivel de la teoría abstracta al nivel de la práctica jurídica.

Lo señalado es tan evidente, que es el caso concreto, el hecho, el que obliga a efectuar, en muchos casos, una interpretación de las normas jurídicas, de ahí que una norma, concebida de manera abstracta, puede que no presente ninguna dificultad ni que la misma sea vaga o imprecisa, pero relacionándola con el caso concreto, requiera una interpretación. **En última instancia, el sentido normativo que se le da a una disposición legal, nace del caso concreto y se formula también para el caso concreto.** De ahí que el uso del precedente implique que para aplicar una subregla o norma adscrita, necesariamente tienen que presentarse los mismos supuestos fácticos o de hecho; pues la interpretación de la norma realizada por la autoridad judicial sólo podrá ser aplicada a casos futuros cuando se presenten similares o análogos hechos; salvo, claro está, en las sentencias interpretativas emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional, en las acciones de inconstitucionalidad abstracta o concreta, por cuanto en dichas Sentencias, el Tribunal, con independencia del caso concreto, lo que hace es efectuar una interpretación de las disposiciones legales, otorgándoles un sentido

normativo que tiene carácter erga omnes. Un ejemplo de ello es la SCP 770/2012 que interpretó el propio art. 123 de la CPE y la Ley 004, en sentido que la retroactividad en materia de corrupción sólo es posible cuando las normas sean favorables.

Esta relación entre lo fáctico y la interpretación de la norma también ha sido advertida por Zagrebelsky, quien afirma que la comprensión del caso presupone que se entienda su “sentido” y que se le dé un “valor”; entendiéndose por sentido a la conexión entre una acción y su resultado social, los efectos que puede producir; así, el hecho de procurar la muerte puede ser entendido en varios sentidos: como acción dirigida contra la degeneración de la especie humana (eugenesia), como acción destinada a evitar los sufrimientos (eutanasia), como instrumentos de guerra o como sanción de un delito (pena capital), etc. Con relación al valor, Zagrebelsky señala que una determinada comprensión de sentido dirige y condiciona la comprensión de valor de cara al judicial. Así, una determinada comprensión de sentido, puede propiciar, mejor que otras, diversos valores, y que la asunción de ciertos valores, puede hacer ver en los casos ciertos significados antes que otros⁵³.

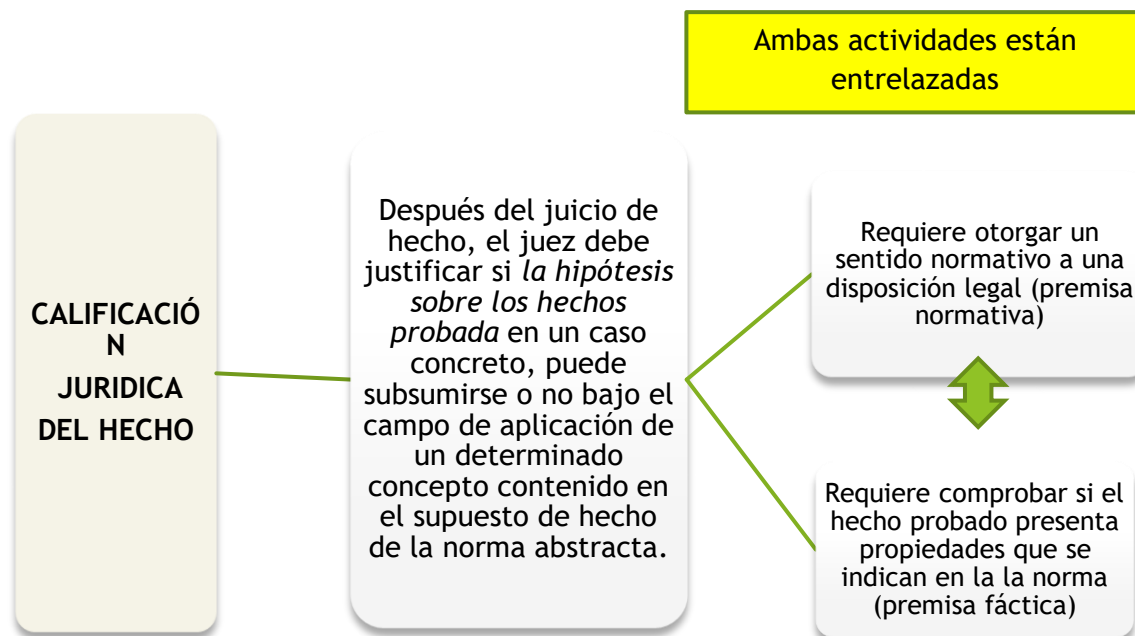
Entonces, de las categorías de sentido y de valor de que disponga el intérprete “La categorización del caso a la luz de las mismas indicará así en qué direcciones y en vista de qué resultados deberá buscarse en el ordenamiento la regla idónea para ser aplicada”⁵⁴, añadiendo que una vez que a los casos específicos y concretos le sean atribuidas pretensiones de sentido y de valor anteriormente desconocidas, presionen sobre el derecho para que se imponga la solución adecuada mediante **“continuas reconstrucciones interpretativas del ordenamiento vigente. Para ciertos casos valdrán ciertas reglas. Pero al cambiar los casos, es decir la categorización de sentido y de valor, se tenderá a buscar nuevas reglas, aunque las formulaciones externas del derecho positivo permanezcan inalteradas”**⁵⁵.

La calificación jurídica de los hechos puede graficarse de la siguiente manera:

⁵³ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, op. cit. 137.

⁵⁴ *Ibíd.* p. 136.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 138.



Como se tiene analizado, la calificación jurídica del hecho es una operación normativa, empero, el problema que plantea no es la subsunción silogística, sino la propia formación de las premisas. Por una parte requiere otorgar un sentido normativo a una disposición legal (premisa normativa), por otra, comprobar si el hecho probado presenta propiedades que se indican en la norma (premisa fáctica), una tarea que se la denomina “círculo hermenéutico” de preguntas y respuestas que van de la realidad a la norma y de ésta nuevamente al hecho: no existen hechos por un lado y leyes por otro, sino un proceso de selección simultánea donde los primeros se reformulan a la luz de las prescripciones jurídicas y donde las segundas se concretan a la luz de la realidad examinada. La subsunción en la calificación jurídica de los hechos aparece condicionada por la precomprensión y cómo ésta determinada la elección de la particularidad determinante de las circunstancias de hecho y también de la norma que las comprende. Este esclarecimiento recíproco de la realidad y del derecho supone, en fin, que los enunciados sobre hechos solo adquieren su definitivo perfil a la luz de las normas, al igual que éstas, a su vez serán elegidas y concretadas ateniendo al hecho enjuiciable⁵⁶.

De ahí que en la calificación jurídica del hecho están entrelazados el juicio de derecho (premisa normativa) y el juicio de hecho (premisa fáctica). Esto es así, porque el derecho (premisa normativa) es el que define lo que constituye el hecho con relevancia

⁵⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los Hechos en el Derecho*, op. cit. p. 36.

jurídica (premisa fáctica) y viceversa, sólo una vez que se compruebe si el hecho probado presenta propiedades que se indican en la norma (premisa fáctica), podrá subsumirse en la norma (premisa normativa).

La jurisprudencia constitucional contenida en las SSCC 1369/2001-R, 757/2003, 934/2003-R y en especial la SC 0207/2004 de 9 de febrero, entre otras, ha señalado: "Una de las garantías básicas del debido proceso, es que toda resolución debe ser debidamente motivada, comprendiendo, al menos, los siguientes puntos: 1) La especificación de los hechos objeto del proceso, 2) Los elementos de juicio que inducen a sostener que el procesado es autor del ilícito que se le atribuye y, 3) La calificación legal de tal conducta. En caso de coprocesados, se debe individualizar, para cada uno, los hechos, las pruebas y la calificación legal de la conducta, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de este Tribunal en las SSCC 222/2001 y 1371/2002".

2.5. El esquema práctico argumentativo de la premisa fáctica, dentro del esquema total de argumentación jurídica.

En este acápite, desarrollaremos, el esquema práctico argumentativo de la premisa fáctica dentro del esquema total de argumentación, aplicable en la pluralidad de jurisdicciones, esto es, civil, penal, agrario, constitucional, etc.:

(1) El Juez debe partir por una apropiada ***identificación y construcción del problema jurídico*** que se va a resolver y la identificación, dentro del mismo, de personas que intervienen en el proceso, pertenecientes a grupos de atención prioritaria, concretamente niñas, niños y adolescentes, mujeres y personas con diversa orientación sexual o identidad de género, personas con discapacidad;

(2) El siguiente paso es ***determinar la o las normas jurídicas aplicables***, es decir, el derecho aplicable y los problemas que pueden surgir vinculados a la relevancia de dichas disposiciones, a los problemas interpretativos que se presentan o a la necesidad de efectuar una ponderación ante la existencia de normas-principios (principios, valores, derechos o garantías) contrapuestos; esta labor argumentativa pasa a analizar la normativa interna o la jurisprudencia interna, aplicable al caso y su contraste con la Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad. Para ello, desde la perspectiva de género, será indispensable que se analice si la norma aplicable pasa el test de igualdad y no discriminación o si es necesario efectuar una ponderación que considere la discriminación estructural e interseccional que podría presentarse en el caso concreto. Asimismo, desde la perspectiva de los grupos de atención prioritaria, será importante analizar si debe interpretarse la norma a partir de criterios de favorabilidad y protección reforzada.

Si bien este aspecto está vinculado a la determinación de la premisa normativa - que no es motivo de este módulo-, también lo está, a cómo se va a analizar el caso concreto y si los hechos probados del caso concreto se subsumen en la norma abstracta, lo que se denomina la calificación jurídica del hecho, de ahí que no puede dejar de estar como parte del esquema argumentativo de la premisa fáctica;

(3) Posteriormente corresponderá la argumentación fáctica es decir, el análisis del caso, caso en el cual la autoridad jurisdiccional tiene que realizar dos actividades judiciales vinculadas pero diferenciadas:

(3.1) Valor la prueba judicial otorgando un valor a los diferentes medios de prueba, atendiendo los límites probatorios, para finalmente afirmar (decidir) que “tal hipótesis sobre los hechos está o no probada” a través de razonamientos prevalentemente lógico inductivos, lo que se llama justificación interna;

(3.2) Justificar la valoración de la prueba, es decir, otorgar razones que “justifiquen la hipótesis sobre esos hechos”, o justificación externa. Dicho de otra forma, en la argumentación fáctica, es decir en el análisis del caso, el juez debe responder argumentativamente a los problemas vinculados a determinar si un hecho efectivamente ha tenido lugar, tema que se vincula inmediatamente a la prueba y su valoración y a la justificación de esa valoración de la prueba.

Para ello es fundamental que las autoridades judiciales sujeten el análisis de la prueba y su valoración a los principios constitucionales y a los estándares internacionales respecto a dicho que tema, y que también consideren dichos estándares y principios al momento de admitir y producir la prueba. Del mismo modo, la autoridad jurisdiccional deberá asumir estándares normativos y jurisprudenciales altos de valoración de la prueba con una perspectiva de género, evidenciando los estereotipos, así como las relaciones de subordinación o desigualdad estructural, así como evidenciando los criterios de valoración de prueba en casos de niñas, niños y adolescentes y el valor de sus testimonios por ejemplo.

El juez debe tener en cuenta que la actividad probatoria (admisión, producción y valoración) -como ya se señaló- debe basarse en el **principio de verdad material**, previsto en el art. 180 de la CPE, desarrollado en el Tema No. 1.

Asimismo, debe tener en cuenta **la prueba debe ser valorada de manera razonable**, a través del sistema de la sana crítica, que es el sistema adoptado en el procedimiento penal (art. 173) y también en el actual Código procesal civil. En la sana crítica, intervienen en la apreciación de la prueba, las **reglas de la lógica (razonamientos prevalentemente lógico inductivos)** y la experiencia del juzgador y, en ese sentido, la actuación del juez no es discrecional o arbitraria; prima, pues, la razonabilidad de la

valoración de la prueba. El tema de la razonabilidad es fundamental para determinar, entonces, si la actividad jurisdiccional en la valoración de la prueba ha lesionado derechos y garantías, y así lo ha entendido el Tribunal Constitucional Plurinacional al señalar que si bien la valoración corresponde a la jurisdicción ordinaria, empero es posible su análisis a través de la justicia constitucional puede revidar dicha valoración cuando: “(...) en dicha valoración: a) **exista apartamiento de los marcos legales de razonabilidad y equidad previsibles para decidir** (SC 0873/2004-R y 106/2005-R, entre otras), o b) **cuando se haya omitido arbitrariamente valorar la prueba** y su lógica consecuencia sea la lesión de derechos fundamentales y garantías constitucionales (SC 129/2004-R de 28 de enero). La razonabilidad está vinculada con la prohibición de la arbitrariedad, es decir el ejercicio de decisiones y resoluciones carentes de motivación y que no tiendan a realizar ningún objetivo jurídicamente relevante⁵⁷. El Tribunal Constitucional plurinacional ha hecho referencia al principio de razonabilidad como una metodología para analizar las resoluciones judiciales, las cuales, de acuerdo a la SCP 121/2012 deben ser coherentes con los valores de igualdad y de justicia. Conforme a ello, si el contenido del principio de razonabilidad está vinculado a la igualdad y al valor justicia, es evidente que la valoración de la prueba será razonable, si no se efectúa un tratamiento discriminatorio en el análisis de la misma, lo que supone, también eliminar los estereotipos en la valoración que no pasan por el test de igualdad, por contener discriminaciones en el sexo, que no son objetivas ni razonables.

(4) Finalmente, la autoridad jurisdiccional deberá ***pronunciar la decisión de la resolución***, resolviendo el problema jurídico planteado, efectuando una definición precisa de la forma en que se resuelve el caso, donde, en el marco de una interpretación previsor y consecuencialista, deberá analizar el impacto de su resolución y si la misma es valiosa desde la perspectiva de género y de los derechos humanos, lo que pasa por analizar si con dicha resolución se promueve la eliminación de estereotipos y es valiosa en el marco de la igualdad y no discriminación; pero por otra parte, deberá existir un pronunciamiento expreso sobre las medidas de reparación que pueden efectuarse.

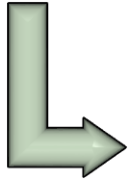
ESQUEMA DEL PROCESO ARGUMENTATIVO DE LA PREMISA FACTICA DENTRO DEL ESQUEMA TOTAL DE LA ARGUMENTACIÓN

El esquema argumentativo de la premisa fáctica está dentro del esquema total de argumentación y, en se orden, podría ser esquematizado de la siguiente manera:

⁵⁷ BERNAL PULIDO, Carlos, *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes*, en “El derecho de los derechos”, Universidad Externado de Colombia, 2005., p. 69,

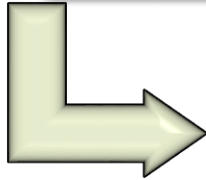
Identificación de problema jurídico que se va a resolver

- Se identifican si intervienen niñas, niños y adolescentes, mujeres o personas con diversa orientación sexual e identidad de género, personas con discapacidad, miembros de pueblos indígenas, originario, campesinos.



Identificación de la norma o normas jurídicas aplicables y análisis

- Problemas de relevancia
- Argumentos interpretativos
- Argumentos ponderativos
- Aplicación del test de igualdad y no discriminación desde la perspectiva de género
- Análisis de la existencia de discriminación estructural o interseccional



DETERMINACIÓN DE LA PREMISA FÁCTICA/ ANÁLISIS DEL CASO

- VALORACIÓN DE LA PRUEBA
- JUSTIFICACIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA
- CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL HECHO



DECISIÓN

UNIDAD DIDÁCTICA 3:

EL JUICIO DE HECHO Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA JUDICIAL

3.1. Delimitación del objeto de estudio en este tema

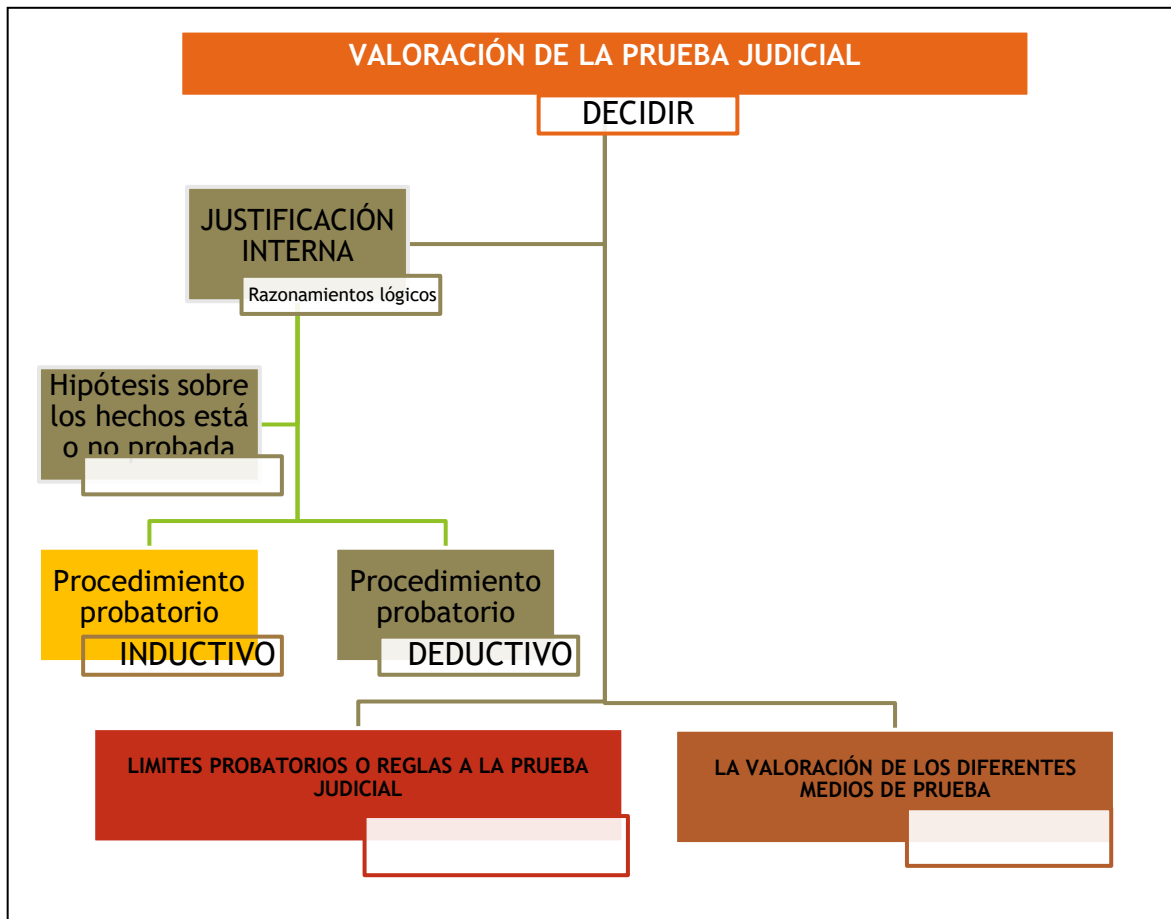
En este **Tema No. 3** nos centraremos en la primera parte del juicio de hecho, es decir, sobre cómo los jueces toman racionalmente la “decisión sobre los hechos probados” que es coincidente con la “valoración de la prueba judicial” -el núcleo del juicio de hecho- que consiste en “afirmar que tal hipótesis sobre los hechos está o no probada”, es decir, cuál es el proceso que debe seguir el juez para tomar esa decisión o, lo que es lo mismo, responderemos a la pregunta *cómo se ha llegado* racionalmente a afirmar que tal hipótesis sobre los hechos está o no probada, tema vinculado a la *justificación interna*, atendiendo los tres requisitos, esto es, de la confirmación, de la no refutación y de la mayor probabilidad que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos, analizando también la valoración de los diferentes medios de prueba, esto es, la declaración de las personas en calidad de partes o testigos, de la prueba pericial, la prueba documental, etc; dejando, por tanto, para el **Tema No. 4** referido al Juicio de hecho y la justificación de la valoración de la prueba judicial, el análisis de cómo se justifica, cómo se motiva esa decisión probatoria, esa valoración judicial de la prueba, con qué tipo de razones jurídicas se va a justificar esa decisión que responda a la pregunta *cuáles son las razones* que justifican esa hipótesis sobre los hechos, aspecto vinculado a la *justificación externa*.

3.2. La justificación *interna* de los hechos probados a través de un razonamiento prevalentemente lógico inductivo.

Desde la teoría de la argumentación jurídica el *iter* intelectual que sigue el juez para valorar la prueba (procedimiento probatorio) es a través de un razonamiento

La valoración de la prueba judicial racional como parte del juicio de hecho, requiere una **justificación interna** (análisis racional a partir de la lógica, que en el caso de la prueba es prevalentemente inductiva, aunque también se usan razonamientos deductivos o abductivos) y una **justificación externa** (otorgar razones jurídicas que sostengan la decisión probatoria, esa valoración judicial de la prueba). Ambas justificaciones deben estar exteriorizadas, deben ser explícitas en el texto de la sentencia judicial, cuando se realiza la motivación de los hechos.

prevalentemente lógico inductivo, que significa que las razones que están detrás de la decisión judicial sobre si una hipótesis sobre los hechos está o no probada, en la mayoría de los casos, se realiza utilizando la lógica inductiva.



En ese orden, en este tema estudiaremos los razonamientos inductivos que se usan cuando se valora la prueba en la mayoría de los casos, sin dejar de lado, que también existen otros casos en los que utilizan razonamientos del tipo deductivo. En ambos casos, el análisis será desde una perspectiva crítica de la tradicional forma de estudiar la valoración judicial de la prueba basada únicamente en postulados de la Teoría del Proceso y el Derecho Procesal.

Conforme se analizará *la valoración judicial de la prueba estará justificada internamente cuando se demuestre la corrección del razonamiento lógico que conduce*, sea que de utilice un procedimiento probatorio inductivo o uno deductivo. Wróblewski, trazó la distinción entre *justificación interna y externa en la*

determinación de los hechos, apuntando especialmente a esta última que versa sobre la corrección de las premisas y que es, por tanto, la que plantea mayores dificultades⁵⁸.

Sobre la premisa fáctica de las sentencias judiciales, la doctrina entiende que existe un déficit de justificación externa (siguiendo la distinción Wróblewska), e incluso, en ocasiones, de la propia justificación interna, al excluir la presencia de cualquier tipo de lógica, sea deductiva, inductiva o abductiva. Eso se debe a que en el ámbito judicial - con mucha culpa acarreada desde la doctrina procesal- se ha entendido mal que la valoración de la prueba judicial cuando se dice que es según la “sana crítica”, “libre apreciación”, “libre valoración”, “apreciación según la conciencia”, se está diciendo que se excluye la racionalidad en la justificación interna que exige razonamientos lógicos que deben exteriorizarse en el texto de la sentencia o, se exoneraran al juzgador de exponer en el texto las razones, las justificaciones de la decisión probatoria, es decir, de esa valoración de la prueba (justificación externa)⁵⁹.

Conforme nos referimos en el Tema 1, nuestro modelo constitucional diseña una cultura de la fundamentación y motivación de las decisiones judiciales alto a partir de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, en ese sentido, es acorde a lo que se ha denominado el fenómeno conocido como “cultura de la motivación” en el que nace un nuevo paradigma en el tema de la valoración de la prueba. El juez debe exteriorizar el proceso inferencial (sus razonamientos lógicos) que le lleva a la “decisión sobre los hechos probados” que es coincidente con la “valoración de la prueba judicial” (justificación interna), pero esto no basta; el nuevo modelo le impone al juzgador que también exponga la justificación externa, esto es, las razones jurídicas que sustentan la valoración de la prueba. La exteriorización íntegra de las razones que conducen a la determinación de la premisa fáctica, incluyendo, por tanto, la justificación interna y justificación externa, conforma lo que se conoce como “cuadro de prueba”, en este sentido, es preciso, que el juez exponga un “cuadro probatorio completo”⁶⁰.

En efecto, la valoración de la prueba judicial -si se pretende que sea racional y coherente y consistente con los valores, principios, derechos fundamentales y garantías constitucionales- como parte del juicio de hecho, requiere una justificación interna (análisis racional a partir de la lógica, que en el caso de la prueba es prevalentemente inductiva, aunque también se usan razonamientos deductivos) y una justificación

⁵⁸ RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. La justificación de la premisa fáctica en supuestos penales: un estudio empírico: Universidad de Santiago de Compostela. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2012-10026700292_ANUARIO_DE_FILOSOF%26%23833%3B_DEL_DERECHO_La_justificaci%F3n_de_la_premisa_f%1ctica_en_supuestos_penales:_un_estudio_empr%EDrico

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ *Ibíd.*

externa (otorgar razones jurídicas a la decisión probatoria, a esa valoración judicial de la prueba realizada). Ambas justificaciones (interna y externa) deben estar exteriorizadas en el texto de la sentencia judicial cuando se realiza la motivación de los hechos⁶¹, entonces, no cabe alegar intuiciones, corazonadas, ni cualquier otro elemento sentimental o irracional, porque estas no pueden estar en el texto de una sentencia racional y, si bien no puede negarse que tales elementos pueden influir en la adopción de la decisión consciente o inconscientemente, lo cierto es que el juez debe buscar las razones jurídicas para sostener su convicción; y si no las encuentra, tendrá que abandonarla⁶².

En ese orden, reafirmando que la valoración de la prueba judicial, para que sea racional, debe estar justificada internamente a través de razonamientos lógicos, primero analizaremos en qué casos paradigmáticos -los menos- se usan razonamientos deductivos para valorar la prueba judicial.

3.2.1. La valoración de la prueba judicial a través de un procedimiento probatorio deductivo

Para abordar cómo se realiza el **procedimiento probatorio deductivo** recuérdese que el razonamiento lógico deductivo es aquél de acuerdo con el cual si las premisas del argumento son verdaderas, la conclusión es necesariamente verdadera o, lo que es lo mismo, dicha conclusión no puede ser falsa.

La deducción se aplica a la valoración de algunas pruebas, que son la minoría de ellas, denominadas “pruebas deductivas”, porque se basan en leyes universales que dicen: si “A” entonces necesariamente, definitivamente y siempre “B”. Una ley universal forma parte de las creencias más firmes de nuestra experiencia.

a. La coartada

Un ejemplo paradigmático de una prueba deductiva es la coartada que dice: “Nadie puede estar en dos sitios o lugares distintos simultáneamente”, salvo -como advierte Marina Gascón Abellán- que el juez esté dispuesto a creer en el milagro, en la magia o,

⁶¹ En el Tema 5 del Módulo Argumentación Jurídica, fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales, se señaló que existe una diferencia entre fundamentación y motivación de una resolución judicial, toda vez que “la **fundamentación** consiste en la **justificación normativa** de la decisión judicial, y la **motivación** es la manifestación de los razonamientos que llevaron a la autoridad a la conclusión de que el acto concreto de que se trate, se encuentra, por una parte, probado, los que supone que la autoridad judicial debe **explicar las razones por las que considera que la premisa fáctica se encuentra probada, poniendo de manifiesto la valoración de la prueba efectuada y, por otra explicando por qué el caso encuadra en la hipótesis prevista en el precepto legal.**”.

⁶² RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. La justificación de la premisa fáctica en supuestos penales: un estudio empírico, op. cit.

en el “don de la ubicuidad”⁶³ y, luego, también esté dispuesto en exteriorizar esas creencias en el texto de la sentencia judicial al momento de motivar su decisión, situación que definitivamente no sería racional y por ende tendría que abandonar esa postura.

❑ **Ejemplo No. 1 Procedimiento probatorio deductivo cuando *la coartada está probada*.**

PREMISA MAYOR (Ley universal)	Nadie puede estar en dos sitios o lugares distintos simultáneamente.
PREMISA MENOR (Hecho probado)	Se <u>probó</u> que Pedro estuvo en el lugar “X” a determinada hora “B”.
CONCLUSIÓN (Valoración de la prueba)	Pedro, no pudo estar en el lugar “X” y “Y” a la misma hora “B” simultáneamente.

Nota. El lugar “X” y la hora “B” es la coartada. El lugar “y” es donde se cometió el delito.

Si analizamos la coartada en el ámbito judicial -al igual que otras pruebas que utilizan el razonamiento lógico deductivo- al basarse en leyes universales, tienen mayor solidez que otro tipo de pruebas porque el resultado, la conclusión es infalible, sin embargo, el juez al momento de resolver un caso concreto tiene que mantener una actitud cautelosa dado que no puede confundirse entre *validez* y *verdad*.

La **validez** de un procedimiento probatorio deductivo -la corrección del razonamiento lógico- no garantiza la **verdad** de la conclusión; para ello es necesario que las premisas sean verdaderas. En mérito a ello, la verdad de la conclusión de un argumento deductivo válido debe ser siempre aceptada “condicionalmente”, es decir, a condición de que sus premisas sean verdaderas. En otras palabras, el procedimiento probatorio deductivo *no garantiza* por sí mismo la infalibilidad de los resultados.⁶⁴

Dicho de otra manera, un razonamiento lógico deductivo lo único que otorga a la conclusión es validez -que se cumplieron las reglas de la lógica-, empero no garantiza la verdad de la conclusión. En efecto, en el procedimiento probatorio cuando se utiliza la deducción si las premisas del argumento son verdaderas, la conclusión es necesariamente verdadera, pero puede ocurrir que una de las premisas sea falsa y, a partir de ello, la conclusión también lo sea.

Para ello, el juez tiene que realizar un **procedimiento de verificación** que le demuestre que existe una alta fiabilidad de las premisas en las que se basa y, por tanto, no puede

⁶³ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los Hechos en el Derecho*, op. cit. p. 91.

⁶⁴ *Ibíd.* p. 90

atribuirle acriticamente dicha infalibilidad, esto para que el resultado o conclusión que arrojan las premisas también sean verdaderas.

El **procedimiento de verificación** es una labor previa a la deducción, supone justificar (justificación externa) que a la luz de los medios de prueba utilizados -declaración de los testigos, la aportación de documentos, los informes periciales, el reconocimiento judicial, etc -, finalmente se llegó a probar ese hecho. Los medios de prueba desempeñan así una función cognoscitivista de los hechos que se pretenden probar, son todos los elementos que pueden servir para producir el convencimiento judicial, son los instrumentos que permiten al juez la apreciación del objeto de la prueba. De ahí cuando se afirma en el ámbito judicial que se “probó o no” tal hecho, se está diciendo que el procedimiento probatorio ya arrojó un resultado probatorio, resultado que no es otro que la prueba y que se obtuvo a través de los medios de prueba⁶⁵. Es lo que se conoce con justificación externa, que será abordado con mayor profundidad en el Tema 4, en el que estudiaremos, entre otros aspectos, que los medios de prueba -interrogatorios a testigos, partes, peritos, la prueba pericial, la prueba documental, el reconocimiento judicial- son instrumentos de valoración de la prueba judicial que deben ser estudiados desde el punto de vista racional y a través de metodologías jurídicas acordes a los nuevos paradigmas.

❑ **Ejemplo No.2. Procedimiento probatorio deductivo cuando *la coartada está probada, después de haber pasado el proceso de verificación***

PREMISA MAYOR (Ley universal)	Nadie puede estar en dos sitios o lugares distintos simultáneamente.
PREMISA MENOR (Procedimiento de verificación)	Se probó que Pedro estuvo en el lugar “X” a determinada hora “B”. <i>¿A través de qué medios de prueba y cuál es la calidad del resultado probatorio?</i>
CONCLUSIÓN (Valoración de la prueba)	Pedro, no pudo estar en el lugar “X” y “Y” a la misma hora “B” simultáneamente.

❑ **Ejemplo No.3. Procedimiento probatorio deductivo cuando *la coartada NO está probada, después de haber pasado el proceso de verificación, pero tampoco se prueba que la persona estuvo en el lugar donde se cometió el delito.***

PREMISA MAYOR (Ley universal)	Nadie puede estar en dos sitios o lugares distintos simultáneamente.
--------------------------------------	--

⁶⁵ Ibídem. p.78.

<p>PREMISA MENOR (Procedimiento de verificación)</p>	<p>-<u>No se probó</u> que Pedro estuvo en lugar “X” a determinada hora “B”, <u>tampoco ser probó</u> que estuvo en el lugar “Y” a esa misma hora. <i>¿A través de qué medios de prueba y cuál es la calidad del resultado probatorio?</i></p>
<p>CONCLUSIÓN (Valoración de la prueba)</p>	<p>-Como <u>no se probó</u> que Pedro hubiera estado en el lugar “X” o “Y” a la hora “B”, entonces estuvo en el lugar “Z” (Z es cualquier otro lugar) a la hora “B”.</p>

Nota. El lugar “X” y la hora “B” es la coartada. El lugar “y”, es el lugar donde se cometió el delito. En ese orden, como no se pudo probar que Pedro estuvo en el lugar “X” o “Y” a la hora “B”, entonces, estuvo en cualquier otro lugar “Z” a la hora “B”, lo que significa que no se ha probado la coartada, pero tampoco se ha probado que estuvo que estuvo en el lugar donde se cometió el delito “Y”.

b. Las pruebas científicas

La lógica deductiva también se aplica a las pruebas científicas, las que si bien no se basan necesariamente en leyes universales sino por el contrario en leyes probabilísticas, al gozar de alto crédito y fiabilidad en las comunidades científicas se la trata como leyes universales.

Las pruebas científicas también tienen que pasar por un **procedimiento de verificación**. Las premisas pueden verse afectadas en su confiabilidad por el método científico utilizado o, el nivel de conocimiento y destreza de los profesionales que auxilien al juez, la calidad de los laboratorios en que se realicen determinadas comprobaciones, etc. En ese orden, la fiabilidad de los resultados de una prueba científica dependerá de: **i) su validez científica**, medida por la validez científica del método usado, es decir, que dicho método tenga un alto grado de aceptación por la comunidad científica y que no admita discusión; **ii) su corrección técnica**, referida a la corrección de todo el proceso de la prueba, como es por ejemplo qué laboratorio realizó la prueba, quién tomó la prueba de sangre, en qué objeto estaba depositada⁶⁶. Incluso, siguiendo este estándar de valoración de la prueba científica, el grado de conocimiento que proporcionan es sólo el de probabilidad, por más alta que está pueda ser.

Nótese que con referencia a las pruebas científicas, el paradigma de valoración judicial de la prueba, para bien, ha cambiado. Posturas anteriores afirmaban que por ejemplo la fuerza de la prueba balística, como prueba científica, es tal que “la habilidad

⁶⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los Hechos en el Derecho*, op. cit. p. 91

dialéctica y la persistencia argumentativa [para combatirla] [...] no puede destruir la fuerza demostrativa de la pericia balística” (STS 1852/1994, Fundamento Segundo del Tribunal Supremo de Justicia de España)⁶⁷, sin tener en cuenta que la fiabilidad de los resultados de dicha prueba científica como de otras, dependerá como se señaló de su validez científica y corrección técnica.

❑ **Ejemplo No.1. Procedimiento probatorio deductivo para valorar una prueba científica después de haber pasado el proceso de verificación**

PREMISA MAYOR (Prueba científica)	La prueba dactiloscópica es la que determina a qué persona pertenecen las huellas.
PREMISA MENOR (Procedimiento de verificación)	-Validez científica -Corrección técnica
PREMISA MENOR (Hecho probado)	Se probó mediante prueba dactiloscópica que las huellas son de “A” en el coche de “B”.
CONCLUSIÓN (Valoración de la prueba)	Las huellas encontradas en el coche “B”, son de A.

❑ **Ejemplo No.2. Procedimiento probatorio deductivo para valorar una prueba científica después de haber pasado el proceso de verificación**

PREMISA MAYOR (Prueba científica)	La prueba de ADN determina con seguridad el 99% de probabilidad la paternidad de una persona
PREMISA MENOR (Procedimiento de verificación)	-Validez científica -Corrección técnica
PREMISA MENOR (Hecho probado)	Se probó mediante prueba de ADN que “A es padre de “B”
CONCLUSIÓN (Valoración de la prueba)	“A es padre de B”

c. La prueba documental

La prueba documental, que deriva de una norma jurídica, tiene estructura de una regla universal, por lo que como en los casos anteriores, es posible usar el procedimiento probatorio deductivo.

⁶⁷ Ibíd. p. 90

La prueba documental de la mayoría de edad es, desde el punto de vista lógico, el resultado de una inferencia deductiva cuya premisa mayor (una regla del tipo “Si A entonces siempre B”) establece la existencia de un hecho jurídico (la mayoría de edad) por la existencia de un cierto documento (las actas de registro), precisamente porque el ordenamiento así lo determina⁶⁸, sin embargo, tal acta puede haber sido manipulada, de ahí la necesidad de someter esta prueba a un procedimiento de verificación.

❑ **Ejemplo No.1. Procedimiento probatorio deductivo para valorar una prueba documental después de haber pasado el proceso de verificación**

PREMISA MAYOR (Deriva de una norma jurídica que tiene la estructura de una regla universal)	De acuerdo a la norma jurídica X, el certificado de nacimiento otorgado por el Registro Civil, prueba la edad de una persona.
PREMISA MENOR (Procedimiento de verificación)	Verificación si el certificado de nacimiento no fue manipulado.
PREMISA MENOR (Hecho probado)	Se probó mediante certificado de nacimiento del Registro Civil auténtico (prueba documental) que Juana tiene 18 años.
CONCLUSIÓN (Valoración de la prueba)	Juana es mayor de edad.

De todos los ejemplos descritos, se concluye que ***dentro del procedimiento probatorio deductivo de valoración de las pruebas, si las premisas están probadas (sometidas al procedimiento de verificación que le demuestre al juez que existe una alta fiabilidad de las premisas en las que se basa, que está justificada externamente) y el argumento está formalmente bien construido (sigue las reglas de la lógica), la conclusión es necesariamente verdadera***, diferente situación a lo que ocurre con el procedimiento probatorio inductivo de valoración de las pruebas judiciales, en el que si se cumplen las mismas condiciones de confiabilidad de las premisas y corrección del argumento atendiendo las reglas de la lógica, y se justifican externamente, la verdad de la conclusión es apenas ***probable***, conforme se analizará a continuación.

3.2.2. La valoración de la prueba judicial a través de un procedimiento probatorio inductivo

Como se vio, los procedimientos probatorios inferenciales pueden ser de dos tipos, según que la inferencia sea deductiva o inductiva. En ese orden, como veremos a

⁶⁸ *Ibíd.* p. 90

continuación, el procedimiento probatorio inductivo, se usa en la mayoría de las pruebas. Por inducción, en sentido amplio, se entiende todo aquel tipo de razonamiento en que las premisas, aun siendo verdaderas, no ofrecen fundamentos concluyentes para la verdad de su resultado, sino que éste se sigue de aquéllas sólo con alguna probabilidad⁶⁹, lo que equivale a decir, que la conclusión debe ser medida en esos términos de probabilidad -con un grado alto o leve -y no así como una verdad concluyente.

Es decir, el procedimiento probatorio inductivo, por regla general, no establece que siendo verdaderas las pruebas (premisas) también lo será la hipótesis sobre los hechos (conclusión) sino que señala que si las pruebas son verdaderas es *probable* que también lo sea la hipótesis. Esto significa que el **procedimiento probatorio inductivo**, es un *iter* intelectual del juez mediante el cual a partir de los medios de prueba -interrogatorio a testigos, partes o peritos, prueba pericial, prueba documental, etc.- (**premisas**), prueba si “la hipótesis sobre unos hechos está o no probada” (**conclusión**); sin embargo, esas premisas aún siendo verdaderas, no ofrecen fundamentos concluyentes para la verdad de su resultado (hipótesis sobre si los hechos está o no probada) sino que esta hipótesis se sigue sólo con alguna probabilidad.

El objetivo del conocimiento inductivo no es ya la búsqueda de certezas absolutas, sino tan sólo de “supuestos” o “hipótesis válidas”, es decir, apoyadas por hechos que las hacen “probables”. En esto radica su miseria, pero también su grandeza: se ha restaurado la confianza en una racionalidad empírica que, renunciando al objetivo inalcanzable de la certeza absoluta, recupera, a través del concepto de “probabilidad”, un elemento de objetividad. Por lo mismo, ***si el conocimiento inductivo de los hechos no produce resultados infalibles, han de introducirse todas las garantías y calidad posibles, para lograr una mayor fiabilidad en la declaración de los mismos y, en su caso, facilitar su eventual revisión, que se traduce en una exigencia de motivación***⁷⁰.

La inducción se aplica a la valoración de la mayoría de las pruebas, llamadas “pruebas inductivas”. Estas no se basa en leyes universales que dicen, si “A” entonces necesariamente, definitivamente y siempre “B” -como se señaló anteriormente- sino en leyes de estructura probabilística o, máximas de la experiencia, que dicen que cuando suceden ciertas cosas, entonces, es probable, en un mayor o menor grado, que sucedan ciertas otras cosas.

⁶⁹ Gascón, LA PRUEBA JUDICIAL: VALORACIÓN RACIONAL Y MOTIVACIÓN, ob.cit.

⁷⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los Hechos en el Derecho*, op. cit. p. 12

Como se verá, es notablemente significativo el cambio que se opera en el modelo de valoración de las pruebas como consecuencia de asumir el carácter probabilístico de los resultados probatorios, a partir de la aceptación de que el conocimiento de los hechos proporciona en la práctica sólo probabilidad y no certeza absoluta. Un ejemplo claro es la valoración de la prueba legal que ha tenido una apertura hacia esquemas valorativos en la convicción judicial, instalados en una concepción inductiva de la prueba, es decir, en un esquema probatorio que no se resuelve en conclusiones necesarias, sino sólo probables⁷¹.

La aplicación errónea, en el ámbito de la valoración judicial de la prueba, de la libre convicción, la sana crítica, la libre apreciación, entendida como valoración libre, permitió a la ciencia y a la praxis procesal, como se mencionó, eludir la exigencia de valoración judicial de la prueba a través de razonamiento inductivos, poniendo así en duda el conocimiento racional de los hechos.

En ese orden, debe advertirse que en la doctrina y la jurisprudencia es frecuente hacer referencia a la “prueba plena” con el término “prueba directa” y a la “prueba no plena” con los términos “indicios” o “prueba indirecta”, con una distinción confusa⁷². En efecto, no existen criterios diferenciadores uniformes ni claros en la teoría ni en la práctica procesal sobre la división entre pruebas directas o plenas y pruebas indirectas o no plenas, sin embargo, el criterio diferenciador, según Marina Gascón Abellán sigue este análisis:

➤ Prueba directa o plena

Es la prueba (sea constatación, conclusión o hipótesis) que tiene valor probatorio suficiente para fundar por sí sola la decisión judicial sobre el hecho que se pretende probar: 1) Bien directamente, cuando la prueba verse sobre el hechos que se pretende probar, 2) Bien operando como premisa en un procedimiento probatorio inferencial, cuando la prueba verse sobre un hecho distinto.⁷³

Es aquella que versa directamente sobre el hecho principal que se pretende probar y del que depende la decisión judicial, es decir, sobre el *factum probando*. Es decir, se refiere a **aquellas pruebas que es el resultado directo de la observación** o, lo que es lo mismo, es el “procedimiento de conocimiento de hechos (o de verificación de enunciados fácticos) basado en la observación del propio juzgador⁷⁴. Ejemplo: La *declaración judicial de un testigo* que declara que

⁷¹ Ibíd. p.32

⁷² Ibídem. p. 87

⁷³ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los Hechos en el Derecho*, op. cit. p. 87

⁷⁴Ibíd. p. 84

vio que en el baño “A mató a B”. También en este tipo de pruebas directas, se apuntan tradicionalmente: *el reconocimiento judicial y la inspección ocular*.

➤ **Prueba indirecta/no plena, indicio, o, inductiva.**

Es la prueba (sea constatación, conclusión o hipótesis) que no es idónea ni suficiente para fundar por sí sola la decisión judicial sobre los hechos que se pretende probar, sino que opera, conjuntamente con otros enunciados probatorios, como un elemento más que permite al juez inferir una hipótesis sobre esos hechos mediante un procedimiento de prueba indirecta o inductiva. Por ello las pruebas no-pletas sólo pueden coadyuvar a la decisión en calidad de indicios⁷⁵.

Es aquella que “no” versa directamente sobre el hecho principal que se pretende probar y del que depende la decisión judicial, sino sobre un hecho secundario o circunstancial, es decir, sobre un indicio o, lo que es lo mismo es el “procedimiento de conocimiento de hechos (o de verificación de enunciados) basado en inferencia de carácter inductivo a partir de otras aserciones verificadas” Ejemplos: La declaración judicial de un segundo testigo que declara que vio que “A entró al baño, momentos antes de que apareciera muerta la víctima B en ese lugar”. La declaración judicial de un tercer testigo que declara que “A amenazó de muerte a B en repetidas ocasiones y de manera seria”. La declaración judicial de un cuarto testigo que declara que “A odiaba a B y, por ende tenía suficientes motivos para matarlo”.

Realizada esa distinción, se suele afirmar erróneamente tanto en la teoría del Derecho Procesal como en práctica judicial, que el tipo de pruebas directas, no necesitan justificación alguna del juez, contrariamente a lo que ocurre con la prueba indirecta en la que sí es necesario dar razones justificativas. Esto no es así. Desde la argumentación jurídica, no es posible afirmar que las pruebas directas no necesitan ser justificadas por el juez. En el ejemplo señalado: La declaración judicial de un primer testigo que declara que vio que en el baño “A mató a B”, lo que hace el juez es un juicio de credibilidad del testimonio y nada más, es decir, lo único que prueba directa y espontáneamente es que ese testigo dice que vio tal hecho, pero la convicción judicial sobre la verdad del hecho “A mató a B”, tendrá que probarse y justificarse a través de otros medios de prueba.

⁷⁵ *Ibíd.* p.85

El procedimiento probatorio que se usa para valorar la prueba *indirecta* es la *inductiva*. Un ejemplo que propone Marina Gascón Abellán de razonamiento inductivo de prueba indirecta y el carácter probabilístico de la inferencia es el siguiente:

- p1: “El marido de la madre de Hamlet tenía motivos para matar al padre de Hamlet (convertirse en rey de Dinamarca)”
p2: “Ese hombre y su madre se casaron apresuradamente”
p3: “El padre de Hamlet gozó siempre de buena salud”.
h: “El padre de Hamlet no murió de muerte natural, sino que fue asesinado por el marido de su madre”

Nótese que la hipótesis (h) es el hecho no observado con el que concluye el procedimiento inductivo de prueba indirecta. Esta hipótesis (h) es explicativa de los hechos comprobados (p) porque hay una conexión entre (h) y (p), de modo que si (h) fuera cierta tendría sentido (o sería comprensible) p. Sin embargo, este esquema de razonamiento inductivo de prueba indirecta, por sí mismo, no justifica la hipótesis, como si de la conclusión de un razonamiento deductivo se tratara, pues desde el punto de vista de la lógica deductiva este argumento constituye una falacia: la “falacia del consecuente”. El ejemplo, entonces, es un razonamiento inductivo por el carácter probabilístico de la inferencia, por el modo de relacionarse las premisas y la conclusión⁷⁶.

En razón al carácter probabilístico de la hipótesis (h): “El padre de Hamlet no murió de muerte natural, sino que fue asesinado por el marido de su madre”, esta (h) no es la única explicación posible de (p), pueden existir otras explicaciones, **significa que (p) puede ser explicada por otras hipótesis distintas**. De ahí que la conclusión (hipótesis alternas) pueden ser formuladas así:

HIPÓTESIS PROBABLES SEGÚN LOS HECHOS PROBADOS A TRAVÉS DE PRUEBAS INDIRECTAS:

<p>h1. “El padre de Hamlet no murió de muerte natural, sino que PROBABLEMENTE fue asesinado por el marido de su madre”.</p>	<p>Esta hipótesis es explicativa de la p1 y p3, pero no de la p.2</p> <p>p1: “El marido de la madre de Hamlet tenía motivos para matar al padre de Hamlet (convertirse en rey de Dinamarca)” p3: “El padre de Hamlet gozó siempre de buena salud”.</p>
--	--

⁷⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los Hechos en el Derecho*, op. cit. p. 96

<p>h.2. “El padre de Hamlet no murió de muerte natural, sino que <u>PROBABLEMENTE fue asesinado por su madre</u>”.</p>	<p>Esta hipótesis es explicativa de la p3, pero no de la p1 ni de la p.2.</p> <p>p3: “El padre de Hamlet gozó siempre de buena salud”.</p>
<p>h.3. “El padre de Hamlet no murió de muerte natural, sino que <u>PROBABLEMENTE fue asesinado por el marido de su madre en complicidad con su madre</u>”.</p>	<p>Esta hipótesis es explicativa de la p1, p2 y p3.</p> <p>p1: “El marido de la madre de Hamlet tenía motivos para matar al padre de Hamlet (convertirse en rey de Dinamarca)”</p> <p>p2: “Ese hombre y su madre se casaron apresuradamente”</p> <p>p3: “El padre de Hamlet gozó siempre de buena salud”.</p>

Si bien en la práctica judicial, la mayoría de las veces el juez cuenta ya con una hipótesis de partida -hipótesis sobre los hechos- (o incluso con más de una): la planteada por la parte actora en el proceso civil o por la acusación en el proceso penal o, la que plantea la parte demandada o el imputado, caso en el cual, el razonamiento es ir de la o las hipótesis a los hechos, sin embargo, lo que interesa en el ámbito de la valoración de la prueba, no es el *momento de formulación o sugerencia* de una hipótesis -que viniendo de las partes intervinientes del proceso puede ser y, de hecho lo es, interesada- o si viene del juzgador es sólo creativa y arracional, sino **el momento de adopción de una decisión, la consistente en afirmar que la hipótesis “h” es verdadera o no**. Esto se logra a través de razonamientos prevalentemente inductivos en la prueba -al menos en la prueba indirecta-.

3.2.3. Reglas de valoración de la prueba en el procedimiento inductivo y su justificación

Cuando el juez utiliza razonamientos inductivos o deductivos puede cometerse dos grandes errores judiciales, como es: “dar por probado lo que es falso” o, en su caso, “en considerar no probado lo que es verdadero”. De ahí que se hace no sólo necesario sino imprescindible adoptar en el ámbito judicial un estándar de valoración de la prueba exigente, a menos que estemos dispuestos a ser permisivos con uno de los errores judiciales anteriormente señalados.

Al respecto, Marina Gascón Abellán, propone los siguientes criterios de racionalidad o *requisitos concurrentes* que deben cumplirse en el ámbito judicial para valorar la prueba, es decir, propone un modelo de estándar de valoración de la prueba que **determine el grado (fuerte o débil) de confirmación de la hipótesis**.

El esquema valorativo del grado de confirmación que propone Gascón Abellán, por su naturaleza, es el que mejor se adecua a la estructura de los problemas probatorios con que el juez se encuentra: la existencia de una o varias hipótesis sobre los hechos de la causa y la necesidad de establecer, sobre la base de las pruebas disponibles, cuál de ellas resulta más aceptable o atendible.⁷⁷

Los requisitos o criterios que desarrolla Gascón en el esquema valorativo del grado de confirmación, como son de “la no refutación”, “confirmación” y “de la mayor probabilidad que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos”, tienen la finalidad de aumentar la credibilidad y aceptabilidad de la hipótesis. Así **“una hipótesis puede aceptarse si no ha sido refutada por las pruebas disponibles y éstas la hacen probable (la confirman); o mejor, más probable que cualquier otra hipótesis alternativa sobre los mismos hechos.**

A. Requisito de la confirmación

Una hipótesis “*h*” viene confirmada por una prueba “*p*” si existe un nexo causal o lógico entre ambas que hace que la existencia de esta última constituya una razón para aceptar la primera. La confirmación es, pues, una inferencia mediante la cual, a partir de unas pruebas y de una regla que conecta esas pruebas con la hipótesis, se concluye aceptando la veracidad de esta última.

La confirmación de una hipótesis representa una inferencia inductiva, pues se funda sobre leyes estadísticas o máximas de experiencia que conectan la hipótesis con los enunciados probatorios o indicios y, por consiguiente, sólo garantiza la probabilidad de la hipótesis en un mayor o menor grado, pero nunca su infalibilidad. El grado de confirmación de una hipótesis por las pruebas es, pues, equivalente a su probabilidad (inductiva), lo que equivale a la credibilidad de la hipótesis a la luz del conjunto de conocimientos disponibles.

Siendo expresión del grado de confirmación, la probabilidad inductiva de una hipótesis aumenta o disminuye con: a) el fundamento cognoscitivo y el grado de probabilidad expresado por las generalizaciones (regularidades o “máximas de experiencia”) usadas, b) la “calidad epistemológica de las pruebas que la confirman, c) el “número de pasos inferenciales” que componen la cadena de confirmación, y d) la “cantidad” y “variedad” de pruebas o confirmaciones.

No basta con que la hipótesis que el juez ha dado por probada sea aceptable en razón a que no existen pruebas en el expediente que la contradigan, sino que el requisito de

⁷⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los Hechos en el Derecho*, op. cit. p. 158

la confirmación exige que: ***La hipótesis -por la que se decide el juez- se ve confirmada por cada prueba***, debe ser apoyada por pruebas que hagan probable la hipótesis, que la confirmen. Es decir, que las pruebas están unidas con la hipótesis por razonamientos causales, lógicos o de probabilidad.

Que el fundamento y el grado de probabilidad de las máximas o regularidades usadas en la confirmación, es decir, las que conectan la hipótesis con las pruebas que la confirman, haya de influir en la probabilidad final de la hipótesis confirmada no puede plantear dudas.

Ninguna de estas generalizaciones establece relaciones de necesidad, sino sólo de probabilidad, pero es evidente que ni todas expresan el mismo grado de probabilidad ni tienen el mismo fundamento cognoscitivo. Mientras algunas de estas regularidades expresan relaciones más o menos seguras o precisas, otras, en cambio, tan sólo expresan toscas e imprecisas generalizaciones de sentido común. Además, mientras algunas de ellas tienen un fundamento cognoscitivo más o menos sólido (como las que constituyen vulgarizaciones de conocimientos naturales o científicos) otras adolecen de fundamento suficiente (como las que reproducen tópicos o prejuicios difundidos). Es evidente que todo esto ha de influir en el resultado de la confirmación. En razón a ello, Taruffo y Gascón Abellán que “cuanto más seguro y preciso sea el tipo de conexión entre la hipótesis y las pruebas, mayor será el grado de confirmación de la hipótesis, que, por el contrario, sólo obtendrá confirmaciones “débiles” cuando las conexiones sean genéricas, vagas y de incierto fundamento cognoscitivo.

En suma el grado de probabilidad de una hipótesis es directamente proporcional al fundamento y al grado de probabilidad expresado por las regularidades o máximas de experiencia usadas en la confirmación.

Una mayor cantidad de pruebas o de confirmaciones fortalece la hipótesis. Es importante indicar que este criterio se refiere a pruebas relevantes; y que excepcionalmente una sola prueba puede ser suficiente, cuando es de carácter científico y tiene un alto grado de confiabilidad (pruebas basadas en el ADN, por ejemplo).

Existen criterios, que determinan el grado de confirmación de la hipótesis.

1. El grado de confirmación es directamente proporcional al grado de confiabilidad de las reglas utilizadas.
2. El grado de confirmación es proporcional al grado de certeza de cada prueba.
3. Entre menos pasos o inferencias separen a las pruebas de la hipótesis, aumentará el grado de confirmación de la última o, al revés.

B. Requisito de la no refutación

Para aceptar una hipótesis es necesario que ésta, además de confirmada, no sea refutada por las pruebas disponibles. **Una hipótesis es aceptable si no existen pruebas en el expediente que la contradigan.** Esta actividad judicial de someter a todas las hipótesis que tiene el juez al requisito de no refutación es primordial, toda vez que es necesario asegurar que no existen pruebas que refuten la hipótesis que el juez está dando por probada. La aplicación de este criterio se materializa en el momento del contradictorio en la recolección de pruebas.

El primer paso es la confirmación, antes que la refutación toda vez que “...el juicio de aceptabilidad de una hipótesis es un juicio sobre su confirmación y no refutación. De manera que si la hipótesis no es confirmada por las pruebas disponibles, debe abandonarse. Pero si es confirmada, debe someterse aún a refutación examinando los posibles hechos que -de existir- invalidarían (o harían menos probable) la hipótesis. Si finalmente la hipótesis no resulta refutada, porque no existen tales pruebas, puede entenderse verificada; si por el contrario tales pruebas existen, debe abandonarse.

C. Requisito de la mayor probabilidad que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos

Al final del proceso de confirmación y sometimiento a refutación de las hipótesis puede resultar que hipótesis rivales estén suficientes fundadas. En estos casos tal vez otros criterios de verdad extraempíricos pudieran prestar alguna ayuda; por ejemplo, el de la “simplicidad” o el de la “coherencia narrativa”.

Según el *criterio de la simplicidad*, entre hipótesis igualmente sostenidas por todos los elementos de prueba debería elegirse la más simple.

Según el *criterio de coherencia narrativa*, en la versión que de la misma ofrece MacCormik, la credibilidad de una hipótesis aumenta frente a otras si se prueba que, además de estar corroborada por múltiples datos probatorios y de no ser refutada por ninguno, es la que mejor explica los hechos: el “relato” más creíble de la historia, de acuerdo con los principios explicativos del actuar racional, intencional motivacional del hombre. Más exactamente, la probabilidad relativa de hipótesis mutuamente incompatibles depende del número de sucesos que deben suponerse acaecidos para permitir la coherencia con los datos probatorios y de la medida en que deba recurrirse a ulteriores principios explicativos auxiliares para obtener esa coherencia. La narración más coherente es la que comparta la más baja improbabilidad mediante dicho test.

Cuando el juez enfrenta hipótesis incompatibles debe escoger aquella con mayor grado de confirmación; en caso de empate, es decir, cuando existen dos hipótesis con un grado de confirmación semejante, debe elegirse a aquélla que pase con mayor solidez el test de coherencia narrativa y la que sea más simple, es decir, la hipótesis que explique más con un menor número de presuposiciones.

En los procesos civiles, el estándar de prueba que generalmente se ha venido utilizando es el que se denomina “de probabilidad prevalente”, que entiende que la hipótesis que se considera probada tiene que estar más probada que cualquiera de las otras hipótesis alternativas sobre los mismos hechos y en caso de que exista sólo dos hipótesis, una y la contraria, tiene que elegirse la que sea más probable que “sí”, en lugar de la que sea más probable que “no”, lo que no ocurre en materia penal, ámbito en el que para considerar la hipótesis acusatoria probada se exige un estándar de prueba más exigente, claro está, que dentro de esté en la etapa del juicio será más exigente que en la etapa preparatoria por ejemplo.

En conclusión, los esquemas valorativos del grado de confirmación son esquemas racionales. Ciertamente se trata de una racionalidad distinta a la analítica, por cuanto está basada en el concepto de probabilidad; pero racionalidad al fin, pues el grado de confirmación suministra una guía para la decisión. De estos modelos derivan algunas consecuencias de importancia. La primera es que la hipótesis debe justificarse, mostrando que las pruebas disponibles la hacen probable; más aún, que la hacen más probable que cualquiera de las hipótesis alternativas concordantes con esas mismas pruebas. La segunda es que, no obstante poder presentarse como justificada a la vista de las pruebas disponibles, el status epistémico de una hipótesis es sólo la probabilidad: la hipótesis no es infalible.

Reglas de valoración de la prueba en el procedimiento inductivo y su justificación



3.3. La valoración de los diferentes medios de prueba

En la valoración de los diferentes medios de prueba -que como se tiene dicho es parte relevante del juicio de hecho- el juzgador tiene que tener una visión y apertura al conocimiento interdisciplinar y sobre todo a conocimientos extrajurídicos, advirtiendo que es una actividad extraordinariamente compleja, que para ser racional, tiene que basarse en razonamientos lógicos (con un razonamiento lógico prevalentemente inductivo, conforme se estudió anteriormente), pero también en criterios objetivos que vienen de otras ciencias que guían al juez en su labor decisoria cotidiana⁷⁸, en contraste con los derechos humanos⁷⁹.

⁷⁸ NIEVA FENOLL, Jordi, *Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad*. Disponible en: <http://www.ub.edu/geav/wp-content/uploads/2017/06/nieva-2012b.pdf>

⁷⁹ El video explicativo del profesor Jordi Nieva Fenoll, sobre la valoración de la prueba judicial, está disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=weaJv9B3tjQ&t=808s>

En efecto, el juez debe preguntarse primero qué ciencia está involucrada con cada medio de prueba, toda vez que éstas ofrecen todo un acervo extraordinario de conocimientos para que el juez tome sus conclusiones de manera objetiva y racional y así evite que la valoración de la prueba esté guiada por prejuicios o intuiciones. Así por ejemplo, es preciso que conozca aspectos básicos de la ciencia de la psicología del testimonio y de la semiótica textual, útiles en la valoración de declaraciones de partes, testigos y peritos y de documentos escritos de todo tipo respectivamente, así como de la sociología, de la estadística, para la interpretación de los datos de la mayoría de las pruebas científicas-prueba pericial- etc.⁸⁰.

Ello es así porque el juez cuando tiene que valorar cualquier prueba judicial se enfrenta a un problema común que es, si

una persona miente o no y si lo hace voluntaria o involuntariamente, es decir, tiene que evaluar la credibilidad de las personas cuando habla o escribe. Esto sucede por ejemplo, en el caso de los *interrogatorios* a testigos, partes o peritos y sus declaraciones; en el *reconocimiento judicial* en el que el principal protagonista es el juez y sus percepciones; en la *prueba documental*, en la que el autor del documento es un ser humano, etc. De esta preocupación, ha surgido la necesidad de fijar de modo objetivo los criterios para su control judicial, que permitan al juez llegar al convencimiento de su fiabilidad⁸¹, parámetros que involucran el conocimiento de esas ciencias extrajurídicas y el respeto a los derechos humanos.

3.3.1. La valoración judicial de la declaración de las personas en calidad de partes o testigos



⁸⁰ Ibíd.

⁸¹ Op Cit.

La valoración de la declaración de adultos en calidad de partes o testigos, debe estar guiada por dos criterios: El respeto a los derechos humanos y el conocimiento básico de la ciencia de la “psicología del testimonio”, con la advertencia, que la valoración de la declaración de niñas, niños y adolescentes en calidad de partes o testigos, está condicionada por parámetros que se alejan de la valoración tradicional en la declaración de adultos, del mismo modo como sucede en el caso de personas con discapacidad o, cuando estamos ante la valoración de la prueba con perspectiva de género o, de miembros de los pueblos indígenas originario, campesino, casos que se analizarán en acápite separados.



Los parámetros propuestos en la doctrina que se desarrollarán a continuación, orientan la valoración de la prueba de declaración de las personas en calidad de partes o testigos en cualquiera de la pluralidad de jurisdicciones (civil, penal, agrario, constitucional, etc.), toda vez que se ofrecen criterios objetivos y racionales de sencillo control judicial.

La psicología del testimonio recomienda, a partir de su ciencia, que la técnica de la obtención y valoración de la declaración de una persona en calidad de parte o testigo, es la entrevista cognitiva, analizando para ello, el proceso complejo de la memoria/recuerdo en las personas, cuáles son las fallas de la memoria, resaltando que cambia el paradigma de valorar las emociones del declarante (aún arraigada en la cultura jurídica de la mayoría de los operadores jurídicos de la administración de justicia, que prefiere observar si el declarante se pone nervioso, suda, se desmaya, llora o, no) a valorar la declaración (el testimonio) bajo los siguientes criterios objetivos: La coherencia de los relatos, la contextualización del relato, las “corroboraciones periféricas” y la existencia de detalles oportunistas a favor del declarante.

En ese orden, la autoridad jurisdiccional para valorar la credibilidad de la declaración de las personas, debe controlar, lo que se resume en este cuadro:

PARA VALORAR LA CREDIBILIDAD DE LA DECLARACIÓN DE LAS PERSONAS, EL JUEZ DEBE CONTROLAR:

(1) Qué *técnicas de obtención y valoración de la declaración (del testimonio) se utilizaron*, que como se verá a continuación, la más recomendada desde la “psicología del testimonio” es, la entrevista cognitiva en adultos.

En este supuesto, además tiene que controlar que en la entrevista cognitiva no se hubieran violado los derechos y garantías del declarante. La prohibición de cualquier tipo de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, que lesionen los derechos a su integridad física o psicológica del declarante es un típico ejemplo, objeto de estudio del Tema 5, en el que se analiza la prueba ilícita.

(2) *El contenido de la declaración (el testimonio) de manera objetiva y no así al declarante (el testigo o parte, por ejemplo, valorar sus emociones)*, siguiendo los siguientes criterios objetivos: (2.a) La coherencia de los relatos, (2.b) la contextualización del relato, (2.c) las “corroboraciones periféricas” y (2.d) la existencia de detalles oportunistas a favor del declarante.

(1) El juez debe controlar: ¿Qué técnicas de obtención y valoración de la declaración (del testimonio) se utilizaron?

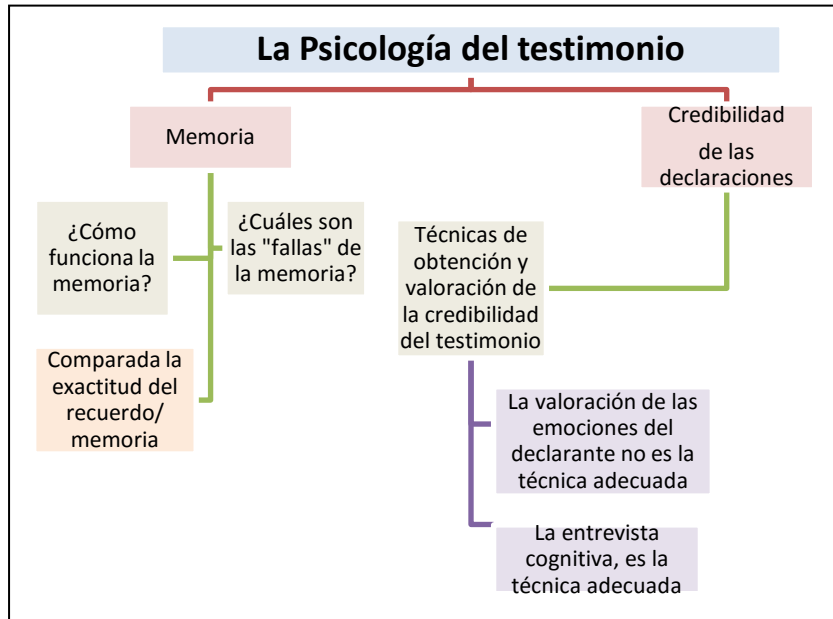
La “psicología del testimonio” es la ciencia que intenta descubrir la veracidad de las declaraciones, estudiando en primer lugar la *memoria humana*, tratando de investigar experimentalmente -en la medida de lo éticamente posible, ética que tiene como baremo el respeto de los derechos humanos- qué aspectos pueden interponerse en la exactitud de los recuerdos de un declarante. Y comprobada, al menos teóricamente, la exactitud del recuerdo/memoria, estudia la *credibilidad de las declaraciones*, tratando de detectar las mentiras señalando los diferentes móviles que pueden hacer que un declarante aporte esa falsedad, es decir, los datos objetivos de la declaración que pueden revelar la falta de sinceridad⁸².

Los tres aspectos de la psicología del testimonio que más interesan en la valoración de la prueba de declaración de partes o testigos, son: i) la técnica de obtención de declaraciones, porque aporta una experiencia valiosísima basada en resultados corroborados, bien en estudios de campo, bien en la medida de lo posible en la práctica judicial; ii) Ayuda a detectar la mentira a través de aspectos objetivos; iii) Aporta una importante serie de datos a los efectos de practicar correctamente los reconocimientos de personas⁸³, que permite conjuntamente el respeto a los derechos humanos y los estándares altos de jurisprudencia en esta materia, sentar una serie de bases que orienten al juez al momento de valorar las declaraciones de éstos.

⁸² *Ibídem.*

⁸³ *Ibídem.*

La ciencia de la psicología del testimonio señala que comprender primero *cómo funciona a grandes rasgos la memoria de las personas y cuáles son sus defectos más comunes*, conducirá a la comprensión en qué se basa la credibilidad de las declaraciones de las



personas, en tres aspectos que aborda Nieva Fenoll, citando a Manzanero que se ocupa de esta ciencia, esto es: i) En los llamados “falsos recuerdos” o invenciones inconscientes⁸⁴; ii) En el ámbito de la memoria a corto plazo; iii) En el ámbito de la memoria a largo plazo, supuestos todos en los que visibiliza las “fallas de la memoria”, que deben ser valorados por el juez en cada caso

particular. Desde una perspectiva jurídica -entiende el autor- lo que sí nos interesa son las conclusiones a la que llega la psicológica del testimonio.

En el ámbito de la **memoria a corto plazo**, la capacidad para recordar estímulos auditivos es superior a la de los estímulos visuales. En ese mismo ámbito, se concluye que se recuerdan siempre mejor los primeros datos y los últimos de una lista, siendo más susceptibles de olvido los que se sitúan en medio del elenco.

Por su parte, en el ámbito de la **memoria a largo plazo** se distinguen dos tipos de memoria: (1) La **episódica**, que es la autobiográfica, la referida a los recuerdos de la persona con tres procesos fundamentales, sin los cuales, la información no podrá ser recuperada, que son: la “codificación” formando lo que se llama “huella de la memoria” que es el momento en que la persona almacena la información, la “retención” que enseña que con el paso del tiempo deteriora tal huella o, se recodifica cuando se viven acontecimientos similares produciendo los “falsos recuerdos” y, finalmente la

⁸⁴ NIEVA FENOLL, Jordi, *Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad.*, op cit.. El autor, afirma que se acepta que sin sensación no existe la percepción, puesto que para percibir algo en primer lugar nuestros sentidos tienen que haber tenido la posibilidad de acceder a ello, salvo que se trate de una alucinación. Y derivado de lo anterior, también podría afirmarse que sin percepción no hay recuerdo, pero esto ya no es tan cierto, porque existen los llamados “falsos recuerdos”, que son las invenciones inconscientes.

“recuperación”, es decir, la capacidad de la persona de reinstaurar en el momento de la declaración, la situación en que se produjo la información (la codificación) último supuesto, que es la que más interesa en el proceso judicial; porque puede suceder que produzca una recuperación falsa, por ejemplo cuando un abogado o fiscal suministre de mala fe al declarante falsos indicios (similares al proceso de codificación pero que conducen a resultados diferentes), algo parecido a lo que ocurre cuando un profesor en un examen oral da pistas, si éstas son incorrectas, aunque el alumno hubiere estudiado, es posible que se equivoque; y, (2) la memoria **semántica**, que es la que contiene los conocimientos que nos permiten interpretar cuanto vemos y, por supuesto, también nos permite valorar los datos de la memoria episódica.

Respecto a la **memoria episódica**, lo más importante es tener consciencia de que, aunque la ciencia no sepa por qué, la huella que deja un acontecimiento se deteriora con el paso del tiempo, y hasta se recodifica, solapándose los episodios futuros con los pasados hasta poder llegar a sustituirlos, produciéndose los “falsos recuerdos”.

Esas “fallas de la memoria” que en definitiva dan como resultado que las declaraciones no corresponden con la realidad, son lo que denomina la psicología del testimonio como el fenómeno de la “sensación de saber”, en el que el declarante ni siquiera sabe que está mintiendo, sino que cree con vehemencia que lo está declarando es real⁸⁵.

Desde la psicología del testimonio, existen otras conclusiones consolidadas, que se suman a lo que ya se mencionó, que deben guiar la valoración del juez, como son por ejemplo: i) Que es de poca ayuda a la memoria, la recuperación, o incluso la recreación del contexto cognitivo en el que sucedieron los hechos, es decir, de la situación que se estaba viviendo cuando acaeció el hecho investigado; ii) Que se reconoce que el estrés generado por la violencia de una situación perjudica la calidad del recuerdo o la memoria o inclusive a borrarlo hasta extremos sorprendentes.

El juez, entonces, debe conocer la complejidad de cómo funciona la memoria, para valorar la credibilidad de declaración de una persona como parte o testigo en un proceso, es decir, debe conocer que las “huellas de la memoria” de una persona están ahí, pero también debe conocer sus limitaciones a fin de poderlas controlar debidamente, que tanto juristas como psicólogos la conocen como la valoración de la credibilidad⁸⁶.

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ *Ibídem.*

Si la memoria de las personas es tan compleja, entonces, **¿EN QUÉ SE BASA LA CREDIBILIDAD DE LAS DECLARACIONES DE LAS PERSONAS EN CALIDAD DE PARTES O TESTIGOS?**

La credibilidad de la declaración de las personas se basa en la **técnica de obtención y valoración del testimonio**, que desde la **psicología del testimonio es la entrevista cognitiva**, porque puede ser objeto de control por el juez y en otras instancias dentro del proceso, por lo mismo, quedan fuera algunos métodos en los que aún creen algunos operadores jurídicos -como la hipnosis, observación de la dilatación pupilar, sueros de la verdad (pentotal sódico), polígrafos- que no sólo violan los derechos humanos sino que desde la psicología del testimonio no funcionan y son ineficaces porque no siempre la mentira se relaciona con la ansiedad y las reacciones físicas inherentes a ellas. Asimismo, en la valoración del **contenido de la declaración (el testimonio) de manera objetiva y no así al declarante (el testigo o parte, por ejemplo, valorar sus emociones)**, siguiendo los siguientes criterios objetivos: **(2.a) La coherencia de los relatos, (2.b) la contextualización del relato, (2.c) las “corroboraciones periféricas” y (2.d) la existencia de detalles oportunistas a favor del declarante.**

La psicología del testimonio, significó un salto cualitativo en el tema de la valoración judicial de las declaraciones de las personas, por cuanto, se pasó de valorar la credibilidad del testigo, a examinar la credibilidad del testimonio bajo criterios de racionalidad y razonabilidad. Es decir, cuando se dejó de dar tanta importancia a los aspectos conductuales/emociones del declarante (testigo o parte) que son curiosamente los que siguen teniendo más en cuenta los jueces y, de hecho, cualquier observador, para valorar la coherencia de su testimonio.

(MANZANERO, Antonio L., Psicología del testimonio, Madrid 2008).

A través de las técnicas de valoración de la credibilidad del testimonio que se utilicen

se puede conocer con precisión qué circunstancias afectaron a una persona cuando tuvo la percepción por la que declara, qué variables afectan a esa persona en el momento de su declaración, cómo le pueden influir, y cómo interpretar lo que declare. Ahora es bien cierto, que con estas técnicas, no se conseguirá con ello erradicar la mentira en la declaración, pero sí que será posible, acreditar en mayor medida que una persona ha mentido.

- **La valoración de las emociones del declarante**

Debe quedar claro que la regla general es que la *valoración de las emociones del declarante* es inconducente y desorientador para valorar si una persona miente o no en una declaración, por lo que **el juez antes que valorar a la persona declarante** (reacciones físicas, posturas, miradas, etc.) **debe valorar la coherencia de la declaración**, dado que un adulto puede haber preparado su declaración y tener incluso ciertas dotes interpretativas que con facilidad le permitan falsear la misma, aspectos que además no puede controlar un juez, siendo lo único controlable la coherencia de la declaración⁸⁷.

- **La entrevista cognitiva**

Entre las dos técnicas utilizadas en la práctica judicial para celebrar un interrogatorio, como son: la narrativa y la interrogativa, la psicología del testimonio recomienda en principio utilizar la *técnica narrativa* en el caso de los adultos, que consiste en dejar que el declarante hable libremente sobre unos determinados hechos, poniéndole guías a su relato para evitar la dispersión del mismo, pero cuidando de no condicionar su declaración a través de esas guías, introduciendo datos que son ajenos a la memoria del declarante, desechando preferentemente la forma *interrogativa*, que consiste en la formulación de preguntas por parte del interrogador que esperan una respuesta inmediata, dado que puede introducirse información a través de las preguntas en la memoria del declarante.

Ahora bien, valorando las técnicas narrativa y del interrogatorio, se ha desarrollado la llamada “entrevista cognitiva” que introduce elementos de ambas técnicas. Esta consiste en disponer al declarante en un ambiente en que se sienta lo más relajado y distendido posible, pidiéndole seguidamente que contextualice los hechos que está contando, es decir, que describa el lugar donde ocurrieron los hechos, circunstancias

⁸⁷ NIEVA FENOLL, Jordi, op. cit.. El autor señala que en la historia de la ciencia se ha ensayado con la hipnosis, con diferentes “sueros de la verdad” y hasta con distintas versiones de las llamadas “máquinas de la verdad” (los polígrafos especialmente). También se ha intentado observar la dilatación pupilar, pero pertinazmente los resultados han sido baldíos, porque la mentira no se relaciona sistemáticamente con las reacciones físicas de la persona, y hasta la fecha no se ha conseguido probar lo contrario. En la misma línea, estudios relativamente recientes han tratado de evaluar las expresiones faciales teniendo en cuenta tres factores: la duración de la expresión (si se congela más de diez segundos sería expresiva de falsedad), la falta de coherencia entre lo declarado y la expresión facial, así como la llamada asimetría facial, si la expresión de la cara es más acusada en un lado que en otro. También se ha intentado evaluar la voz y sus titubeos. De esos estudios se han derivado las clásicas conclusiones de que rozarse con el dedo la boca o la nariz desvela que la persona miente, o que desviar la mirada o tapar la cara con las manos muestra vergüenza, o que encogerse de hombros o subir las cejas equivale a que el declarante conoce una respuesta que afirma que ignora. También se ha llegado a afirmar que sacudir la cabeza mientras el declarante dice que sí, demuestra que la persona está afirmando que le gusta lo que en realidad le disgusta.

del ambiente, cómo se sentía, etc., porque ello le ayudará a recuperar detalles que, de otro modo, se le escaparían.

En ese orden, el juez debe controlar el contenido de la declaración (el testimonio) de manera objetiva y no así al declarante (el testigo o parte, por ejemplo, valorar sus emociones), siguiendo los siguientes criterios objetivos: (1) La coherencia de los relatos, (2) la contextualización del relato, (3) las “corroboraciones periféricas” y (4) la existencia de detalles oportunistas a favor del declarante.



- (1) La coherencia de los relatos

La coherencia de los relatos, es un criterio que debe ser controlado judicialmente, dentro del contenido de la declaración, para valorar su credibilidad. Significa que el relato debe tener una buena estructuración desde un punto de vista lógico, es decir, que el testimonio no tenga contradicciones. Sin embargo, el juez, tratándose de declaraciones de adultos, tiene que ser muy cuidadoso en valorar la veracidad o no del relato, cuando se presentan, entre otras, las siguientes situaciones, que están condicionadas con la complejidad del funcionamiento de la memoria: **(1) La valoración de relatos completamente coherentes y perfectos**, no pueden ser automáticamente calificados como verdaderos, sino que su valoración debe ser cuidadosa a partir de una reconstrucción de un esquema de lo que el declarante ha manifestado, investigando en el caso concreto si puede existir alguna causa objetiva de tanta coherencia, teniendo

en cuenta siempre que el estudio de cómo funciona la memoria es concluyente en señalar que los relatos difícilmente pueden ser perfectos; y **(2) La valoración de relatos total o parcialmente incoherentes**, supuesto en el cual está demostrado a través de la psicología que se dan los llamados “desacuerdos intrasujeto”, es decir, que una persona se contradiga, debidos a los fallos de la memoria antes explicados, que no equivalen llanamente a que el declarante haya declarado una mentira, precisamente porque la persona tienen a distorsionar sus recuerdos con el paso del tiempo y no toma conciencia de que unos y otros recursos no son conciliables entre sí⁸⁸.

- **La contextualización del relato**

La contextualización del relato, es otro criterio que debe ser controlado judicialmente dentro del contenido de la declaración, para valorar su credibilidad. Se refiere a que la narración, las afirmaciones que realice el declarante esté contextualizado, es decir, que ofrezca detalles de un marco o ambiente en el que se habrían desarrollado los hechos, sin embargo, como se vio, debido a las fallas de la memoria, no es más que otro aspecto o criterio que debe ser controlado por el juez. Si el declarante describe las circunstancias del lugar en el que sucedieron los hechos, puede ayudar a valorar otros datos de la situación, como por ejemplo la visibilidad que podía tener el testigo, importante en el proceso penal o, bien la existencia de vicios del consentimiento, por ejemplo, en el proceso civil, si un testigo describe el modo de andar o de mirar de un otorgante que padeciera una enfermedad mental incapacitante en el momento de la suscripción del negocio jurídico, supuestos entre otros que pueden ser exteriorizados en la motivación judicial, sin que sean tachados de intuitivos⁸⁹.

- **Las llamadas “corroboraciones periféricas”**

Se refiere a que el relato de un declarante se viera corroborado por otros datos que, indirectamente, acreditan la veracidad de la declaración, por ejemplo, por el hecho de que dos o más testigos declararan lo mismo que el imputado. Eso es justamente lo que algunos psicólogos denominan «acuerdo intersujeto», es decir, que coincidan las diferentes declaraciones que varios sujetos realicen sobre un mismo hecho. Pero las corroboraciones no tienen que venir siempre de personas, sino de hechos que sucedieran al mismo tiempo que el hecho principal que se está enjuiciando⁹⁰.

- **La existencia de detalles oportunistas a favor del declarante**

88 NIEVA FENOLL, Jordi, Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad, op. cit.

89 Ibíd.

90 Ibídem.

La existencia de detalles oportunistas a favor del declarante, consiste en que el declarante haga referencia a datos, normalmente innecesarios, que pretendan beneficiar a una de las opciones que se están debatiendo en el proceso, o incluso al propio declarante. El hecho de que se realicen estas declaraciones es indicativo de falsedad, o al menos de pérdida de objetividad que, ciertamente, puede conducir a la falsedad. Son valoraciones del declarante, que es muy posible que nadie le pida, pero que él expresa, con frecuencia de modo inconsciente, para tratar de legitimar su posición si nadie le cree⁹¹.

A. En el proceso civil

El Código Procesal Civil, en su art. 144 sobre los medios de prueba señala que “I. Son medios legales de prueba, los documentos, **la confesión, las declaraciones de testigos**, la inspección judicial, la reconstrucción de hechos, el peritaje, las presunciones y la prueba por informe”.

Por su parte, el art. 306 del mismo Código, señala que en calidad de diligencia preparatoria, se puede solicitar: “I.1. **La declaración jurada que podrá prestar la persona contra quien se propusiere dirigir la demanda sobre algún hecho relativo a su personalidad**, comprobación sin la cual no pudiera iniciarse eficazmente el proceso. En ningún caso esta medida será admisible cuando su contenido sea una confesión provocada, bajo pena de nulidad”

De otro lado, sobre **la audiencia para la declaración de testigos (aplicable a la declaración de partes)**, la norma procesal civil señala:

-art. 176 (AUDIENCIA). La prueba testifical se recibirá en audiencia, interrogándose a cada testigo en forma separada, previo juramento o promesa de decir la verdad, observando el siguiente procedimiento:

1. La autoridad judicial **interrogará a la o el testigo**, sobre su nombre, estado civil, domicilio, nacionalidad o, nación o pueblo indígena originario campesino al que pertenece, profesión, oficio u ocupación habitual, y si existe en relación a ella o él alguna causal de tacha.
2. En forma inmediata se ordenará al testigo que **haga una exposición de los hechos** que personalmente le conste en relación al objeto de la controversia; asimismo, que justifique sus afirmaciones, **explicando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que hubiere ocurrido cada hecho**.

⁹¹ NIEVA FENOLL, Jordi, op cit.

3. Terminada la declaración del testigo, las partes podrán interrogarlo libremente por intermedio de sus abogados y bajo la dirección del juzgador, que en cualquier momento podrá formular nuevas interrogaciones, rechazar las preguntas impertinentes o agraviantes para el testigo, así como dar por terminado el interrogatorio.
 4. Cada pregunta no estará referida a más de un hecho; será clara y concreta. No se admitirán las preguntas vejatorias u ofensivas, tampoco podrá asesorarse de abogado a tiempo de responder.
 5. El testigo no podrá leer notas o apuntes, a menos que por la índole de la pregunta la autoridad judicial así lo disponga. En este caso se dejará en el acta constancia de las respuestas dadas en esa forma.
- **art. 177 (NEGATIVA A RESPONDER).** La o el testigo no está obligado a responder preguntas que lo expongan a él o a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, a enjuiciamiento penal o comprometan su honor; asimismo, cuando la pregunta lo exponga a violar un secreto profesional, militar, científico, artístico o industrial que estuviere obligado a guardar, salvo que medie consentimiento informado del afectado.
 - **art. 179 (CAREO).** Se podrá disponer de oficio o a petición de parte y siempre que fuere pertinente, el careo de testigos entre sí o de éstos con las partes.
 - **art. 185 (FALSO TESTIMONIO).** Si las declaraciones arrojaran indicios graves de falso testimonio u otro delito, por los cuales la autoridad judicial considere que el testigo falta, conociendo la verdad, en forma inmediata denunciará el hecho al ministerio público.

De las disposiciones glosadas, es posible extraer algunas conclusiones sobre la declaración de las personas en calidad de partes o testigos en el Código procesal Civil y su valoración judicial, a partir de los aportes importantes de la psicología del testimonio y su contraste con los derechos humanos.

La valoración judicial de declaración de las personas en calidad de partes o testigos en el Código procesal civil, sigue los parámetros exigidos por la psicología del testimonio y el respeto a los derechos humanos, si se tiene en cuenta, entre otros aspectos, lo siguiente:

LA DECLARACIÓN DE LAS PERSONAS EN CALIDAD DE PARTES O TESTIGOS EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

La entrevista cognitiva

La técnica utilizada para realizar los interrogatorios en la audiencia es la entrevista cognitiva, por cuanto conforme dispone el art. 176 del

	<p>CPC, la autoridad jurisdiccional si bien interroga al testigo con preguntas cerradas sobre hechos relativos a su personalidad y otros datos personales conforme al numeral 1) utilizando la técnica interrogativa, también utiliza la técnica de interrogación narrativa, dejando que el declarante haga una exposición de los hechos de manera abierta conforme dispone el numeral 2) del mismo artículo, guiada únicamente por la autoridad jurisdiccional para que el declarante no se desvíe de su declaración, con preguntas referidas a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que hubiere ocurrido cada hecho.</p>
<p>La interrogación al testigo por parte de las partes</p>	<p>La autoridad jurisdiccional, dada la difícil labor de valoración judicial de esta prueba, debe tener especial cuidado respecto a lo dispuesto en los incs. 3 y 4 del art. 176 del CPC, que prevén que las partes podrán interrogar a los testigos por intermedio de sus abogados y bajo la dirección del juez, así como la forma y límites tanto para realizar las preguntas como para responder, toda vez que como se analizó, la psicología del testimonio aporta conclusiones valiosas sobre el proceso complejo de la memoria y sus fallas y puede darse el caso en que las partes cuando interrogan a los testigos lo induzcan a la recuperación falsa de los hechos “falsos recuerdos”, tema estudiado en la memoria a largo plazo, específicamente en el tipo de memoria episódica y, con ello, produzcan esa “sensación de saber” del declarante, que puede que ni siquiera sepa que está mintiendo.</p>
<p>Las preguntas impertinentes, agraviantes, vejatorias u ofensivas</p>	<p>Del mismo modo, teniendo en cuenta la dirección de la audiencia de declaración de testigos o partes está a cargo del juez, éste tiene que rechazar las preguntas impertinentes o agraviantes para el testigo (art. 176.3 del CPC), así como no las vejatorias u ofensivas (art. 174. 4 del CPC), porque no sólo son violatorios a los derechos y garantías de una persona (dignidad, art. 22 de la CPE e integridad psicológica, art. 15 de la CPE, entre otros), derechos que tiene que salvaguardar el juez en su condición de garante primario de los derechos (SCP 112/2012), sino que desde la psicología del testimonio, afecta la calidad de la credibilidad de la declaración, toda vez que da lugar a que el declarante ingrese en afirmaciones oportunistas, que luego van a redundar cuando tenga que valorarse la declaración (el testimonio) y precisamente esa “ existencia de detalles oportunistas a favor del declarante”, que mermen la calidad de credibilidad de la declaración.</p>
<p>Las notas o apuntes que pueden asistir al testigo en su declaración</p>	<p>Sobre lo dispuesto en el art. 176 inc. 5) del CPC referido a que el testigo no podrá leer notas o apuntes, a menos que por la índole de la pregunta la autoridad judicial así lo disponga, es importante, que una vez más el Juez tenga en cuenta las conclusiones a las que llega la psicología del testimonio sobre la complejidad del funcionamiento de la memoria (a corto y largo plazo) y las “fallas de la memoria”, para decidir en qué caso el testigo estará asistido o no de notas o apuntes en su declaración.</p>
<p>La negativa a responder las preguntas</p>	<p>El art. 177 del CPC, cuando señala que el testigo no está obligado a responder las preguntas, está vinculando esta regulación con el derecho de guardar silencio en materia penal previsto en el art. 121</p>

	de la CPE desarrollado por el legislador en una interpretación favorable de la norma constitucional que la extiende a material civil. Sin embargo, el juez debe tener en cuenta que la negativa a responder las preguntas, está fundada únicamente en la salvaguarda de derechos fundamentales y garantías constitucionales del declarante o de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, como la presunción de inocencia, el honor, o cuando la pregunta lo exponga a violar un secreto profesional, militar, científico, artístico o industrial que estuviere obligado a guardar, salvo que medie consentimiento informado del afectado. Por lo mismo, la medida de valoración del juez sobre la negativa a responder las preguntas que se le hace al declarante es: si se ven o no afectados derechos y garantías del propio declarante (testigo) o de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad.
Careo de testigos entre sí o de éstos con las partes	El careo de testigos entre sí o de éstos con las partes conforme a lo previsto en los arts. 178 y 179 del CPC, tendrá que ser valorado teniendo en cuenta lo que se conoce en la psicología del testimonio como “acuerdos intersujeto” o “desacuerdos intersujeto” es decir, que coincidan o no las diferentes declaraciones que varias personas realicen sobre un mismo hecho. Asimismo, una vez que el juez cuente con la declaración (testimonio) individual de cada uno de los testigos y partes, el careo puede ser útil para valorar las “corroboraciones periféricas”.

El Código Procesal Civil regula diferenciadamente la valoración judicial de la declaración de las personas en calidad de partes o testigos de adultos, respecto de otras personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria (adultos mayores o personas con capacidades diferenciadas) y de miembros de los pueblos indígenas, originario, campesinos y de autoridades jerárquicas. Estas diferencias, pueden esquematizarse de la siguiente forma:

DECLARACIÓN DE PERSONAS CON PROTECCIÓN REFORZADA EN EL PROCESO CIVIL	
Declaración de adultos mayores	<p>El art. 181 del CPC, señala que las declaraciones de adultos mayores, las personas que se hallaren enfermas o estuvieren imposibilitadas de comparecer, se recibirán en su domicilio, en cuyo caso se tomarán las medidas correspondientes para asegurar el normal desenvolvimiento de la audiencia en ese domicilio o en el lugar donde se encontrare la o el testigo, con asistencia de las partes y sus abogados, si desearan concurrir al acto.</p> <p>En este caso, el juzgador debe seguir críticamente los parámetros exigidos por la psicología del testimonio, toda vez que si está demostrada la complejidad de la memoria y las fallas de la memoria en un adulto, su aplicación en el caso de adultos mayores, debe merecer un estudio especializado, supuesto en el cual lo más recomendable es que el juez debe pedir el auxilio de un perito experto para valorar la credibilidad de la declaración en</p>

	observancia de los derechos fundamentales y garantías constitucionales específicos de este grupos de protección reforzada.
Declaración de personas con capacidades diferenciadas	<p>El art. 183 del CPC, dispone que tratándose de testigos sordos, mudos o sordomudos que sólo pudieran hacerse entender por lenguaje especializado, se les nombrará intérprete.</p> <p>En este caso, el juzgador debe seguir críticamente los parámetros exigidos por la psicología del testimonio siendo lo más recomendable que el juez solicite el auxilio de un equipo interdisciplinario, conformado no sólo por un intérprete (dado que no sólo se presenta este problema) sino además un perito psicólogo, toda vez que, por ejemplo, como se estudió en el ámbito de la memoria a corto plazo, la capacidad para recordar estímulos auditivos es superior a la de los estímulos visuales cuando se trata de personas que no tienen una capacidad diferenciada, situación que puede cambiar cuando se trata de testigos sordos o sordomudos, esto, con el objetivo de valorar la credibilidad de la declaración, en observancia de los derechos fundamentales y garantías constitucionales específicos de este grupos de protección reforzada.</p>
Declaración de indígenas, originario campesinos	<p>El art. 184 del CPC dispone que las o los testigos pertenecientes a las naciones y pueblos indígena originario campesinos (...) podrán declarar en su idioma, debiendo formularse las preguntas y respuestas a través de traductor.</p> <p>Por su parte, el art. 145 del CPC, en su parágrafo II, señala: “ En la valoración de los medios de prueba, la autoridad judicial, apreciará las mismas tomando en cuenta la realidad cultural en el medio probatorio”</p> <p>El último párrafo del artículo citado, se vincula directamente con los principios y valores de nuestro sistema constitucional y, en ese sentido, por ejemplo, deberá considerar el carácter plurinacional de nuestro Estado, así como el principio de pluralismo, fundamentalmente el pluralismo jurídico, a efecto de considerar, en conflictos vinculados con la jurisdicción indígena originaria campesina o con comunidades o pueblos indígenas, los medios de prueba que ellos tienen a efecto de darle el valor correspondiente atendiendo a la igualdad jerárquica de sistemas jurídicos, además de no valorar monoculturalmente las pruebas, lo que implica que, evidentemente, no sólo deberá considerarse la experiencia del juzgador o las reglas de la vida, sino que deberán considerarse, fundamentalmente, las experiencias propias de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, en el marco de una valoración intercultural de las pruebas, y en ese sentido, puede revisarse la SCP 890/2013 de 20 de junio (analizada en el Tema 1).</p>

Sobre la valoración de la prueba judicial de declaración de personas en calidad de partes o testigos en el Código Procesal Civil a partir de la sana crítica y su vinculación con el falso testimonio, se tiene:

<p>La sana crítica o prudente criterio y la valoración de la declaración de las personas en calidad de partes o testigos</p>	<p>El art. 145 concordante con el art. 186 del CPC señalan que la autoridad jurisdiccional para apreciar/valorar las circunstancias y motivos que corroboran o disminuyen la fuerza probatoria de las declaraciones testificales, debe sujetarse a las reglas de la sana crítica o prudente criterio. Ello, no se refiere a una apreciación arbitraria o libérrima de la prueba de declaración de partes o testigos, sino que por el contrario, se remite a una valoración racional basada en la lógica y la experiencia, que toman como base razonamientos lógicos, pero también se apoyan en la ciencia de la psicología del testimonio y los criterios arriba nombrados para valorar la credibilidad del contenido de la declaración (testimonio) como son: la coherencia de los relatos, la contextualización del relato, las “corroboraciones periféricas” y la existencia de detalles oportunistas a favor del declarante; todo contrastado con los derechos fundamentales y garantías constitucionales, con reforzados resguardos cuando se trata de la declaración de adultos mayores, declaración de personas con capacidades diferenciadas y declaración de indígenas originario campesinos.</p>
<p>Falso testimonio</p>	<p>El art. 185, que refiere a las consecuencias jurídicas que acarrea un falso testimonio, deberá ser valorado por la autoridad jurisdiccional, luego de que racionalmente hubiera realizado la valoración de la declaración del testigo, conforme los lineamientos previstos en los arts. 145 y 186 del CPC y el contenido que se ha otorgado a la sana crítica del juzgador.</p>

B. En el proceso penal

La valoración de la prueba de testigos, se refiere a la prueba testifical o testimonial, es decir, la que proviene de las manifestaciones de terceros ajenos al proceso penal.

El art. 173 del CPP sobre la valoración de la prueba en el proceso penal, señala:

“El juez o tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones por las cuales les otorga determinado valor, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencia producida”.

Esta norma significa que: **a)** Es el juez o tribunal quien tiene la obligación de valorar la prueba; **b)** Que la valoración de la prueba está sujeta al sistema de la sana crítica, quedando el órgano jurisdiccional obligado a justificar y fundamentar las razones por las cuales les otorga determinado valor; **c)** Determina que la valoración de la prueba se

efectuará de cada uno de los elementos de prueba, es decir, de manera individualizada y todos ellos de manera conjunta y armónica; y, d) La valoración de la prueba deberá abarcar toda la prueba esencial producida. Aquí cabe una pregunta. *¿Cuándo se determinan las pruebas esenciales?* En la etapa previa a la valoración misma de la prueba⁹².

La valoración de la prueba en materia penal está sujeta al sistema de la sana crítica. El AS No.504 de 11 de octubre de 2007, establece que **para denunciar que la motivación del juzgador vulneró la valoración de la prueba sujeta al sistema de la sana crítica, deben haberse violado sus reglas, que son:**

"Para demostrar la violación a las reglas de la sana crítica es preciso que la motivación de la sentencia esté fundada por un hecho no cierto, que invoque afirmaciones imposibles o contrarias a las leyes de la lógica, la ciencia o que se refiera a un hecho que sea contrario a la experiencia común, que analice arbitrariamente un elemento de juicio o que el razonamiento se haga sobre pruebas que demuestren cosa diferente a la que se tiene como cierta con base en ella, una prueba, de acuerdo a la sana crítica, tiene que referirse a hechos que en un momento histórico no son imposibles naturalmente, porque no se opone a ellos ninguna ley científica natural. Los principios lógicos nos previenen contra el posible error de juicio, pero no nos indican ni nos enseñan cual es la verdad o cuáles son los pensamientos verdaderos; simplemente nos suministran un criterio de error, o un criterio aproximado de verdad, sobre el razonamiento del juez".

El AS No. 506 de 3 de octubre de 2009, respecto a la denuncia de valoración defectuosa de la prueba testifical, que supuestamente no se sujetó al sistema de sana crítica, señaló:

"En el caso que se analiza, **la recurrente se limitó a acusar la defectuosa valoración de la prueba testifical, omitiendo precisar las reglas de la sana crítica que considera fueron obviadas o vulneradas**, así como las partes del decisorio donde se hubieran infringido los principios de la sana crítica, o el elemento probatorio que consideró valorado arbitrariamente o que demuestre cosa diferente a la que se tuvo como cierta con base en el".

Los ***principios rectores*** que rigen la valoración de la prueba de testigos, en el sistema procesal penal boliviano, de corte acusatorio, son los que se desarrollan a continuación:

- El principio de **oralidad**

La prueba usada por el órgano jurisdiccional para dictar sentencia condenatoria o absolutoria deberá ser sólo la que se produjo o practicado oralmente ante los sentidos del tribunal o el juez, durante la etapa de juicio y, en concreto durante la audiencia de juicio. En ese sentido, el testigo tiene que concurrir personalmente a prestar su

⁹² YAÑEZ CORTEZ, Arturo, Actividad Probatoria, p. 282

deposición ante el juzgador, siendo interrogado por la parte que le propuso y conainterrogado por la opuesta.

Las excepciones a la anterior regla consisten en: **a) La prueba anticipada**, sujeta a las siguientes condiciones: a.1) Sólo será practicada cuando sea necesario un reconocimiento, registro, reconstrucción o pericia; a.2) Que por su naturaleza o características se consideren actos definitivos o irreproducibles o se deba recibir una declaración; a.3) Que por algún obstáculo, se presuma que no podrá producirse durante el juicio. En este caso, las partes -acusación o defensa- podrá pedir el adelanto de la prueba durante la etapa preparatoria (art. 328.3 del CPP), en cuyo caso, el actuado será recibido en lo posible de la misma manera como se produciría durante el juicio, es decir, deberán estar presentes todas las partes y regir los principios informadores o rectores de la etapa decisiva. Incluso en este caso, la ley deja abierta la posibilidad que las partes o el tribunal pueda exigir la comparecencia del testigo o perito, cuando sea posible; **b) Sólo podrá incorporarse por lectura**, las declaraciones o dictámenes producidos por comisión o informe, cuando el acto se haya producido por escrito, conforme a lo previsto por ley, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la comparecencia del testigo o perito cuando sea posible y, la denuncia, la prueba documental, los informes y las actas de reconocimiento, registro o inspección practicadas conforme a lo previsto en el CPP⁹³.

El ejemplo clásico que usualmente se produce durante los procesos penales consiste en la práctica de la prueba anticipada testifical cuando el testigo está en riesgo de perder su vida por una enfermedad terminal o por su avanzada edad o las características especiales de una enfermedad (Alzheimer por ejemplo), cuando está por ausentarse definitivamente del país o no vive en el mismo (un turista o residente fuera del país), supuestos que no excluyen la posibilidad de que se preste la declaración respectiva en el juicio oral superadas esas circunstancias.

El Tribunal Supremo, ha prescindido del principio de inmediación y oralidad, en casos de niñas, niños y adolescentes, señalando que **su declaración ante la Defensoría de la Niñez y Adolescencia puede introducirse al juicio oral, debido a que evita su revictimización** en el AS 832/2017-RRC de 30 de octubre de 2017, que señaló específicamente:

“...más adelante en el fallo de alzada, se le enfatizó al apelante que en relación a la declaración prestada por la víctima ante la Psicóloga de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia y la introducción a juicio de su declaración mediante el acta que registraba la misma, no vulneró derecho alguno, al contrario fue en aras de proteger el interés

⁹³ Ob.cit.

superior de la niña, como sector vulnerable de la sociedad, derecho protegido por las normas debidamente mencionadas, tanto de la Constitución Política del Estado, como de las Leyes 348 y 2033, a las cuáles, los Vocales subsumieron el caso concreto mediante el silogismo jurídico correspondiente, de manera adecuada”. “Por lo tanto, su incorporación a juicio, no solamente resulta ser legal, sino también necesaria; además de lo cual, tiene también la finalidad de evitar la revictimización de la menor de edad, ponderando su derecho a la dignidad humana, protección de su honra, integridad física, psicológica y moral; además de precautelar la niñez, tal como consideró la Ley de Protección a las Víctimas de Delitos contra la Libertad Sexual (...)”.

- El principio de **inmediación**

Pretende que toda prueba para ser luego valorada, haya sido producida ante la presencia ininterrumpida del órgano jurisdiccional decisor y de las partes -acusación y defensa-.

En el caso de la prueba testifical, es preciso que el testigo esté presente personalmente para recibir su declaración, salvo las excepciones de ley que son las siguientes: **a) Tratamiento especial** (art. 195 del PP): “No estarán obligados a comparecer ante el juez o tribunal: el Presidente y Vicepresidente de la República, Presidentes de las Cámaras Legislativas, Presidente de la Corte Suprema, Presidente del Tribunal Constitucional, Fiscal General de la República, Defensor del Pueblo, representantes de misiones diplomáticas, Parlamentarios y Ministros de Estado, quienes declararán en el lugar donde cumplen sus funciones, en su domicilio o por escrito”; **Declaración por comisión** (art. 199 del CPP) “Cuando el testigo no resida en el distrito judicial donde debe prestar su declaración y no sea posible contar con su presencia, se ordenará su declaración por exhorto u orden instruida a la autoridad judicial de su residencia”.

Se destaca que en aplicación de los principios de oralidad y especialmente de inmediación, sobre los informantes de la policía (art. 202 del CPP), la información proporcionada por estas personas, no puede ser incorporada al proceso, salvo que declaren como testigos, puesto que los jueces fallarán sobre la base de la prueba producida ante sus sentidos y de la inmediación que exige la presencia personal de los testigos ante el tribunal y partes.

- El principio de **contradicción**

El principio de contradicción significa que toda prueba que sea introducida al proceso durante la audiencia de juicio, debe ser cuestionada o contradicha por la parte contraria, se denomina también principio de audiencia, que deriva del principio del proceso previo y del derecho a la defensa. Por ejemplo, si la acusación produce la

declaración de un testigo de cargo, corresponde a la defensa contrainterrogar al testigo, ejercitando de esa manera la contradicción o viceversa.

En el caso de las excepciones previstas en los arts. 195 y 199 del CPP, el principio de contradicción no debe ser vulnerado, puesto que la parte contraria tiene derecho a introducir sus contrainterrogatorios respectivos.

El AS No. 208/2014-RRC de 22 de mayo de 2014, estableció la imposibilidad de revalorizar la prueba en función a los principios de inmediación y contradicción, señalando: “(...) cabe reiterar la doctrina legal asumida de manera uniforme por este tribunal, en sentido de que al tribunal de alzada no les está permitido proceder a revalorizar prueba, ello en consideración a la naturaleza del proceso penal oral vigente reatado al cumplimiento de los principios de inmediación y contradicción que rigen el sistema procesal penal vigente y como consecuencia de ello, cuando el tribunal de apelación evidencia que se pronunció alguna resolución en base a la defectuosa valoración de la prueba, incurriendo en el defecto previsto en el art. 370 inc. 6) del CPP, no puede subsanar de manera directa tal defecto, más aún cuando es previsible que la situación jurídica del imputado pueda ser sujeta a modificación sea favorable o negativamente, correspondiendo en consecuencia, anular totalmente la sentencia y ordenar la reposición del juicio por otro tribunal, para permitir que las pruebas erróneamente valoradas, sean de conocimiento de otro juez o tribunal, para que una correcta valoración probatoria, observando la doctrina legal contenida en la resolución que dejó sin efecto la defectuosa sentencia inicial y en aplicación de las reglas de la sana crítica, emita una nueva sentencia”. En el mismo sentido está el AS 217/2014-RRC de 4 de junio).

En el caso *García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2005, se señaló: “152. Este Tribunal ha señalado anteriormente que dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa”.

- El principio de **publicidad**

La producción de la prueba de manera oral, en presencia del juez o tribunal y las partes que ejercitan la contradicción, surge la publicidad, es decir, que ese debate se realizará de manera pública tanto internamente (para las partes y el órgano jurisdiccional) y externamente (para terceros), salvo las excepciones previstas en los arts. 331 y 332 del CPP.

Ahora bien, el art. 193 del CPP, establece la obligación de testificar disponiendo: “Toda persona que sea citada como testigo tendrá la obligación de comparecer ante el juez o tribunal para declarar la verdad de cuando conozca y se sea preguntado, salvo las excepciones establecidas por ley. El testigo no podrá ser obligado a declarar sobre hechos de los cuales pueda surgir su responsabilidad penal”.

Del art. 193 del CPP, resulta que se está ante un supuesto de **prueba ilícita testifical**, no pudiendo ser valorada en sentencia, en los siguientes casos: a) Cuando el testigo es obligado a declarar sobre hechos de los cuales pueda surgir su responsabilidad penal. La facultad y deber de abstención está contenida en el art. 196 del CPP, que señala que los testigos “Podrán abstenerse de testificar contra el imputado, su cónyuge o conviviente, sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado o por adopción y por afinidad hasta el segundo grado. El juez, antes del inicio de la declaración, deberá informar a dichas personas la facultad de abstenerse de testificar total o parcialmente”; b) El art. 197 del CPP, ya no habla de facultad de abstención, sino de obligación, deber de abstención de los testigos, señalando: “Las personas deberán abstenerse de declarar sobre los hechos que hayan llegado a su conocimiento, en razón de su oficio o profesión y se relacionen con deberes de secreto y reserva legalmente establecidos. Estas personas no podrán negar el testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto”. En este caso, las personas citadas para declarar deberán comparecer y explicar las razones de su abstención, por cuanto si el juez estima que el testigo invoca erróneamente ese deber con respecto a un hecho que no puede estar comprendido en él, ordenará por resolución fundada su declaración.

En materia penal, en lo conducente, **también el juez debe controlar el contenido de la declaración (el testimonio) de manera objetiva y no así al declarante (el testigo o parte, por ejemplo, valorar sus emociones), siguiendo los siguientes criterios objetivos: (1) La coherencia de los relatos, (2) la contextualización del relato, (3) las “corroboraciones periféricas” y (4) la existencia de detalles oportunistas a favor del declarante, conforme establece el art. 194 del CPP, que señala “(...) el juez valorará el testimonio de acuerdo a las reglas de la sana crítica”; a través de la técnica de entrevista cognitiva que se extrae del contenido de lo dispuesto en el art. 200 del CPP, referido a la forma de declaración, que ayuda más que simplemente remitir al juez a las “reglas de la sana crítica”, para que valore esta prueba.**

Esta exigencia se sustenta a partir del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de justicia, que por ejemplo, en el AS N° 782/2015-RRC-Lde 09 de noviembre de 2015, ha señalado que **la convicción del juzgador para arribar a una decisión de culpabilidad con la declaración testifical, de un testigo, no restringe derechos.** Señaló:

“ (...)la convicción y decisión a la que arribo el juzgador a partir de una declaración de un testigo efectuada en un juicio investido de garantías constitucionales, no conlleva a la restricción del debido proceso del ahora recurrente, pues en todo caso, el acusado tuvo expeditas todos los medios de defensa para hacer prevalecer sus intereses a quien se le garantizo una defensa amplia e irrestricta”.

3.3.2. La valoración judicial de la prueba pericial

Tradicionalmente se ha pensado, al menos en la práctica judicial, que el medio de prueba que con más facilidad puede escapar a la valoración judicial es la prueba pericial, en el entendido erróneo que el juez como no conoce cada una de las materias científicas que sirvieron para elaborar la pericia de que se trate, lo único que hace es dar por bien hecho y replicar lo que ya dictaminó el perito, sin ninguna valoración de ese dictamen, es decir, se ha sostenido en el pasado que el juez se limita a transcribir las razones del perito incluso a veces sin entenderlas, eximiéndole el deber de motivar racionalmente su decisión, toda vez que las razones del perito son suficientes razones de motivación.

Conforme reflexiona Marina Gascón Abellán, ello se pensaba y aún se piensa más aún el ámbito de las pruebas científicas, principalmente por el mito de la infalibilidad que circunda a estas pruebas y su consecuente sobrevaloración, que reproduce dos paradigmas: **el paradigma de la individualización y el paradigma de la infalibilidad, que es necesario deconstruir en el pensamiento de la autoridad jurisdiccional, porque minimizan el rol de los jueces en los procesos judiciales en beneficio de los peritos, quienes resultan erróneamente decidiendo sobre los hechos, esto es, valorando la prueba**⁹⁴.

El *mito de la infalibilidad de la prueba científica* -dice la autora- es sólo eso, un mito, por cuanto se entiende erróneamente que por el sólo hecho de presentarse como “científicas”, la validez y valor probatorio de este tipo de pruebas se han asumido como dogmas de fe, algo que llama particularmente la atención si se considera que nada es menos “científico” que asumir como válido un conocimiento sin un previo control de sus postulados ajustado a una metodología científica; situación que llevó a la convicción errónea de creer que “basta con alegar que hubo prueba científica y que ésta apuntada justamente en la dirección de la decisión probatoria final”, para afirmar que no necesitan de control sobre su validez o fiabilidad enfrentándonos al “peligro del desconocimiento de los errores judiciales que pueden cometerse con base a ella” y “un riesgo adicional, un efecto adverso desde el punto de vista jurídico: el de terminar

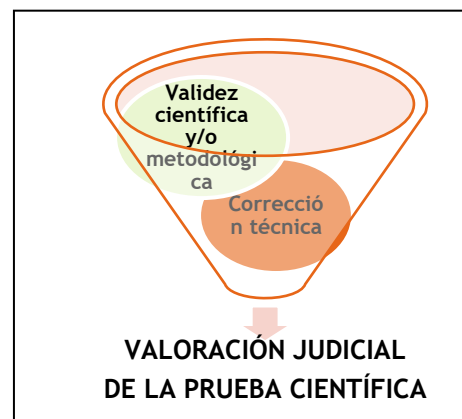
⁹⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Prueba científica: mitos y paradigmas*, Disponible en: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/500>

convirtiendo a los peritos en decisores de la causa y, por consiguiente, instaurando un nuevo sistema de prueba fundado en la autoridad de los expertos”⁹⁵.

El mito de la infabilidad de la prueba científica y la sobrevaloración de sus resultados, como se mencionó ha reproducido dos paradigmas como son: a) El paradigma de la infalibilidad; b) El paradigma de la individualización, que tiene como alternativa el paradigma de la verosimilitud.

a) El **paradigma de la infabilidad**, ha dado lugar a pensar en el ámbito de la valoración de la prueba científica que sus resultados se aceptaban como infalibles, con una consecuencia jurídica errónea como es la deferencia de los jueces al resultado de las pruebas científicas enraizado en la cultura judicial, esto es, su confianza acrítica a lo que dicen los expertos, lo que ha ocasionado dos problemas: El primero que el juez deje de hacer un examen crítico de sus resultados y validez, hasta tal punto que el experto es quien decidía sobre los hechos probados y ya no el juez, olvidando que quien tiene que valorar la prueba y definir qué creer sobre las hipótesis litigiosas es la autoridad jurisdiccional, de donde resultaba que si bien formalmente el juez decidía sobre los hechos probados, sustancialmente era el experto quien tomaba la decisión y, segundo, que es el más importante, radicaba en que esa falta de examen crítico a los resultados de la prueba científica daba lugar a errores judiciales, porque no se realizaba el control judicial sobre su validez científica y/o metodológica ni su corrección técnica, controles que debe realizar el juez en la valoración judicial de la prueba científica, como se pasa a detallar:

a.i) **La validez científica y/o metodológica de los resultados de las pruebas científicas**, debe ser medida por la validez científica del método usado, es decir, que dicho método tenga un alto grado de aceptación por la comunidad científica y que no admita discusión. Muchas de estas pruebas, en efecto, pueden realizarse por métodos científicos diferentes, y no todos ellos gozan del mismo crédito en la comunidad científica, de manera que la validez científica del método usado, y con ello la calidad de los resultados alcanzados, pudieran ser objeto de discusión⁹⁶.



El mito de la infabilidad de las pruebas científicas -dice la autora- es muy probable que tenga mucho que ver con la prueba de ADN, cuya metodología científica está ya tan

⁹⁵ Ibíd.

⁹⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Prueba científica: mitos y paradigmas*, op. cit.

perfeccionada y el grado de probabilidad que arroja es tan alto que en la práctica puede “actuar como si” fuese infalible. No obstante, aún aceptando esto, conviene adoptar una actitud un poco más crítica, pues la calidad de los resultados de una prueba científica -y por lo tanto su valor probatorio- es un factor que depende de las variables que se anotó, esto es, su validez científica y corrección técnica.

Por ejemplo, respecto a la **validez científica y/o metodológica** de este tipo de prueba, “incluso en relación con una prueba tan extendida y consolidada como la prueba de polimorfismos ADN,, no son indiferentes las técnicas o métodos usados en laboratorio para el análisis de la muestra. Existen muchas técnicas de extracción y tipificación del ADN y no todas ellas ofrecen el mismo rendimiento para los distintos tipos de muestras (semen, sangre, saliva, pelos, etc.). Por eso, dependiendo del tipo de muestra e incluso del soporte en que se encuentre (piedra, madera, cristal, una alfombra) puede ser más adecuado usar una técnica y otra).

a.ii) La corrección técnica de los resultados de las pruebas científicas, está referida a la corrección de todo el proceso de la prueba, como es por ejemplo qué laboratorio realizó la prueba, quién tomó la prueba de sangre, en qué objeto estaba depositada. Significa que la fiabilidad y el valor probatorio atribuible a una prueba científica dependen también de su *calidad técnica*, es decir, de su correcta realización en el laboratorio. De ahí que es importante que los laboratorios cuenten con las infraestructuras apropiadas y con personal adecuadamente formado, así como que se sigan rigurosos protocolos en la realización de los análisis y estudios. Además, no sólo cabe hablar de *calidad técnico-científica* sino también de *calidad técnico-procedimental*, en referencia a todo el proceso que conduce desde el descubrimiento o registro del vestigio o de la muestra hasta su análisis en el laboratorio⁹⁷.

Siguiendo el ejemplo de la prueba de ADN, respecto al análisis de una mancha de sangre, orina, saliva, es evidente, que, pese al potencial de esta prueba, es necesario que el juez controle su corrección técnica, es decir, el estado en el que llegan los vestigios biológicos al laboratorio es crucial: si los vestigios no han sido bien recogidos o conservados (por ejemplo, porque han sido contaminados por un ADN extraño) la posibilidad y el rendimiento del análisis se reduce. Por eso la recogida de indicios ha de hacerse con sumo cuidado, y el mantenimiento de la cadena de custodia es fundamental para que los indicios no pierdan su valor probatorio. Llama la atención a este respecto el entusiasmo con el que muchos países se han abierto a las pruebas científicas (particularmente a las de ADN) sin un marco normativo previo que regule los

⁹⁷ *Ibíd.*

procedimientos de obtención y conservación de los datos y garantice en consecuencia la fiabilidad de los resultados.

Lo mismo ocurre, a efectos de atribuir fiabilidad al resultado de una prueba dactilar, el problema no es tanto o no sólo la validez científica de la prueba, sino, en primer lugar, su calidad técnica, saber quién tomó la huella, por orden de quién, en qué objeto estaba depositada, en qué punto concreto, cómo fue la cadena de custodia, etc. (corrección técnico-procedimental) ⁹⁸.

Entonces, es evidente que la validez de la prueba dependerá también de su correcta realización en el laboratorio (**corrección técnico-científica**): por personal cualificado, siguiendo los protocolos apropiados y -en relación con algunos tipos de pruebas, como la de ADN- prestando atención escrupulosa a las técnicas de asepsia para evitar las contaminaciones durante el trabajo, etc. **La regla aquí debería ser: “cuanto mayor es la expectativa de valor probatorio depositado en una prueba, más rigurosos deben ser los controles de realización de la misma”**. Sobre el tema, es muy importante la estandarización, tanto de los laboratorios (superación de controles de calidad internos y externos) como de la realización misma de la prueba. Y por último, no hay que olvidar tampoco que las pruebas las realizan personas de carne y hueso, y que por lo tanto pueden cometer errores. No son pocos los estudios que en los últimos tiempos llaman la atención sobre los riesgos cognitivos de algunas pruebas científicas, sobre todo de aquellas tradicionales que, como la dactiloscopia y la grafística, tienen un fuerte componente comparativo que las deja bajo la supervisión de un perito⁹⁹.

b) El **paradigma de la individualización**, implicaba creer que los resultados de las pruebas científicas -no solo eran infalibles- sino que esos resultados hablaban directamente de aquello que se pretendía probar, es decir, **que el resultado de una prueba científica hablaba en los términos en que el juez necesita pronunciarse sobre el caso concreto, sin ninguna función valorativa del juzgador**. Esta “creencia se asienta sobre la supuesta capacidad de llegar a identificar plenamente a un individuo o aun objeto a partir de vestigios. Dicho paradigma se presenta como modelo a seguir para todas las técnicas identificativas en criminalística, y en términos generales consiste en sostener que el resultado de la prueba científica identifica (y además, categóricamente) un vestigio con una fuente, con exclusión de todas las demás”¹⁰⁰.

⁹⁸ *Ibídem*.

⁹⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Prueba científica: mitos y paradigmas*, op. cit.

¹⁰⁰ *Ibíd.*

En los ejemplos de Marina Gascón Abellán, se pensaba y aún se cree que “el resultado de una prueba de ADN señala directamente la pertenencia o no del vestigio analizado a la persona de la que procede la otra muestra de ADN con el que aquél se contrasta (el acusado en una causa penal, por ejemplo); que el resultado de una prueba de balística dice directamente si el casquillo evaluado salió o no de la pistola del acusado; si la impresión de calzado analizada procede de la pisada de una cierta persona; si la escritura manuscrita examinada procede del demandado; si la voz analizada que realizó la llamada telefónica avisando de la colocación del artefacto explosivo pertenece o no al acusado, etc”; sin embargo, eso no es así -asevera la autora- remitiéndose a uno de los ensayos de los últimos tiempos sobre el uso de la estadística en la ciencia forense, la obra de R. Royall *Statistical Evidence*¹⁰¹ - por cuanto el paradigma de la individualización ha recibido fuertes críticas por parte de la comunidad científica, toda vez que no existe fundamento científico alguno para que un sostenga que ha sido capaz de identificar a una persona o un a partir de los análisis llevados a en el laboratorio. Pero la crítica allá: no hay tampoco fundamento científico alguno para que en el informe pericial se realice siquiera una valoración probabilística sobre la posibilidad atribuir a una persona o a un el vestigio analizado. El resultado análisis de voz, por ejemplo, o el comparación de perfiles de ADN, (ni tajante, ni probablemente) voz o el ADN del vestigio analizado pertenezca a tal o a cual persona, que sólo aporta datos que, una interpretados con las adecuadas herramientas estadísticas, dicen del siguiente tipo: “es X veces más probable que la voz analizada pertenezca al acusado dándose tal

EL PARADIGMA DE LA INDIVIDUALIZACIÓN vs. EL PARADIGMA DE LA VEROSIMILITUD

La “...distinción entre la tarea del perito (expresar lo que dicen los datos) y la del juez (valorarlos a la luz de los demás datos y pruebas disponibles) es el núcleo (...) del paradigma de la verosimilitud, y es la única que se muestra respetuosa con la atribución exclusiva al juez de la tarea de valorar la prueba. El paradigma de la individualización, por el contrario, al no distinguir entre la tarea del perito y la del juez, al propiciar que el perito declare en términos de «el vestigio V procede de la fuente F (por ejemplo, el acusado)», que son los términos en que debe expresarse el juez en ejercicio de la tarea de valoración de la prueba que sólo a él le corresponde, se muestra contraria a derecho”.

(GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Prueba científica: mitos y paradigmas*).

perito
objeto
cabo
va más
de
objeto
de un
de una
no dice
que la
sino
vez
cosas
rasgo

¹⁰¹ R. Royall: *Statistical Evidence: A Likelihood Paradigm*, Monographs on Statistics and Applied Probability, Chapman & Hall/ CRC, London, 1997, Prefacio, p. xi, citado por GASCÓN ABELLÁN, Marina, op. cit.

que no dándose”; o “es X veces más probable que el vestigio analizado pertenezca al acusado dándose la coincidencia de perfiles que sin darse”.

Como una alternativa al paradigma de la individualización, Gascón se adhiere al denominado por R. Royall, *paradigma de la verosimilitud*, que **deslinda las tareas entre el perito y el juez**, que consiste en responder a las siguientes preguntas: **¿qué dicen los datos?, cuya tarea es del perito**, quien por ejemplo en una prueba de cotejo de voces, deberá interpretar el resultado de la misma en el laboratorio (supongamos que positivo) dándole un alcance en relación con las hipótesis enfrentadas (supongamos que A: la voz es del acusado; o B: la voz no es del acusado). Pero, una vez interpretados esos datos y expresados adecuadamente en el informe pericial, hay que responder a la segunda pregunta: **¿qué debe creerse a partir de esos datos?, función que no corresponde al perito sino a la autoridad jurisdiccional** quien tiene que *evaluar* la veracidad de las hipótesis disponibles (A y B) a partir de esos datos y de ellos conjuntamente lo que dicen el resto de las pruebas e informaciones disponibles, por cuanto “es el juez quien tiene *institucionalmente* atribuida la función de proveer una solución jurídica para un caso controvertido o litigioso y por lo tanto la de determinar previamente cuáles han sido los hechos que han dado origen al conflicto. En otras palabras, es a él a quien corresponde institucionalmente la tarea de creer o no creer la hipótesis que se pretende probar. Es decir, proscribire cualquier valoración predeterminada de la prueba y por consiguiente sólo es acorde con la atribución al juez de la tarea de determinar lo que hay que creer a partir de la prueba”¹⁰².

3.3.2.1. Estándares objetivos de control judicial de la prueba pericial

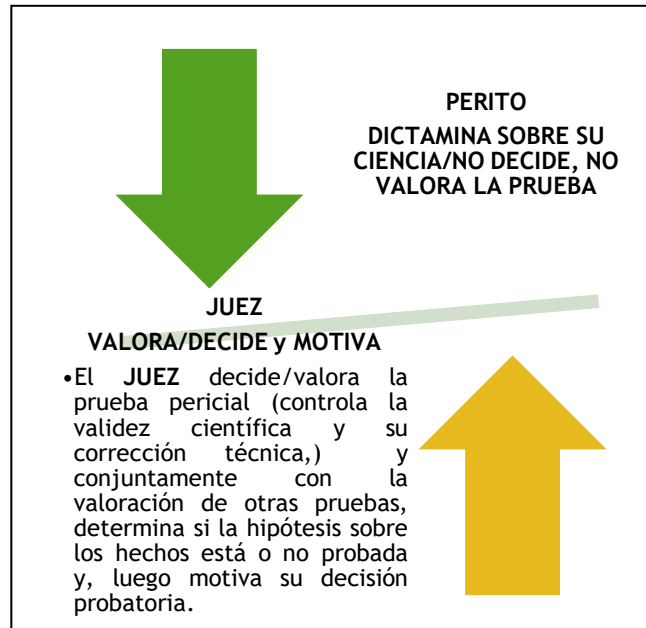
De ahí que los criterios objetivos generales que entran dentro del control judicial y que van a ser exteriorizados en la motivación de los hechos, más propiamente en la motivación de la hipótesis sobre si los hechos está o no probada y finalmente fijar/determinar la premisa fáctica, cuando se trata de valorar una prueba pericial, tomados tanto de la línea de investigación de Marina Gascón Abellán que sustancialmente coinciden con los de Jordi Nieva Fenoll¹⁰³, son los que se describen a continuación, que guían la actuación de la autoridad jurisdiccional para que pueda saber con certeza si está ante un buen dictamen, o bien se halla ante una pericia defectuosa, así se trate de valorar dictámenes de pruebas científicas, es decir, se trata de presupuestos que pueden ser controlados judicialmente aunque la autoridad jurisdiccional no conozca la ciencia empleada para elaborar el dictamen, que **deslindan**

¹⁰² GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Prueba científica: mitos y paradigmas*, op. cit.

¹⁰³ NIEVA FENOLL, ob. Cit.p.60

las atribuciones y facultades del juez y del perito, que se constituyen estándares objetivos de control dentro del ámbito judicial.

(1) El **PERITO** no tiene más autoridad que dictaminar sobre ciencia, sin definir si la hipótesis los hechos está o no probada. Es el ingreso de conocimientos de expertos de ciencias extrajurídicas en el proceso judicial a través de los peritajes se realiza a partir de las distintas disciplinas forenses (medicina forense, genética forense, palentología forense, informática forense, toxicología ambiental, arquitectura forense, dactiloscopia, la balística, la grafística, etc., a través del



su
sobre
decir,

que

la

profesional forense que interviene como perito cada vez que existe una controversia jurídica (civil, penal, administrativa, constitucional, agraria, de la jurisdicción indígena originaria campesinas, etc.-) se limita a dictaminar y proporcionar datos sobre su ciencia, tema que debe ser controlado por el juez, donde críticamente observe si el perito se autocontiene de valorar la prueba; y,

(2) El **JUEZ** decide/valora la prueba pericial (controla la validez científica y corrección técnica de los resultados) y conjuntamente con la valoración de otras pruebas, determina si la hipótesis sobre los hechos está o no probada, con apoyo de esos criterios objetivos, minimizando o anulando los errores judiciales.

DESLINDE DE ATRIBUCIONES Y FACULTADES DEL JUEZ Y DEL PERITO

- **Código de Procedimiento Penal.** El art. 173 del CPP sobre la valoración de la prueba establece: “El Juez o tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones por las cuales les otorga determinado valor, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida”.

Nótese que si bien el Código de Procedimiento Penal, no dispone expresamente que el juez puede apartarse del criterio de los peritos, conforme lo hacen los otros códigos procesales en materia civil y del trabajo, sin embargo, está

implícita en el art. 173 del CPP que le atribuye la tarea de valoración de la prueba únicamente al juez o tribunal, lo que significa que excluye al perito de cualquier tarea de valoración de la prueba. Es decir, el medio de prueba pericial es compatible las reglas de la sana crítica, toda vez que el dictamen pericial no es vinculante para el juez y no le impone reglas a que debe sujetarse en su valoración, por lo mismo, no puede afirmarse que el dictamen del perito es una prueba tasada al que el juez queda sujeto en contra de la lógica del sistema de la sana crítica.

- **Código Procesal Civil.** El art. 202 en su parte final dispone: “La autoridad judicial no está obligada u obligado a seguir el criterio del perito y podrá apartarse del dictamen mediante resolución fundada”.
- **Código Procesal de Trabajo.** El art. 189 del CPT señala: “El Juez puede apartarse del criterio de los peritos”.

❖ **El juez no está obligado a seguir el dictamen pericial en ninguna materia cuando de la valoración individualizada y luego conjunta e integral del resto de los medios de prueba decida hacerlo.**

Siguiendo esos estándares, es posible resumir los controles judiciales comunes que debe realizar el juez al momento de valorar una prueba pericial aplicable a todas las materias (penal, civil, laboral, etc.) más propiamente, los controles que debe realizar en el dictamen pericial sin conocer realmente la ciencia empleada en ese dictamen, **que es mucho más que remitir simplemente al juez a las “reglas de la sana crítica”, para que valore esta prueba.** Los esenciales son:

Profesionalidad del perito	PENAL
	<p>El art. 205 del Código de Procedimiento Penal (CPP), referido a los peritos señala: “Serán designados peritos quienes, según reglamentación estatal, acrediten idoneidad en la materia. Si la ciencia, técnica, arte no está reglamentada o si no es posible contar con un perito en el lugar del proceso, se designará a una persona de idoneidad manifiesta. Las reglas de este Título regirán para los traductores e intérpretes.”</p>
	CIVIL
	<p>El art. 194 del Código Procesal Civil (CPC), establece: “II. Cuando el dictamen pericial requiere conocimientos de alta especialización, la autoridad judicial, a petición de parte o de oficio, podrá formular consultas a universidades, academias,</p>

	<p>colegios profesionales, institutos y entidades públicas o privadas de carácter científico, cultura o técnico”. Por su parte, el art. 197, referido a la recusación de peritos, dispone: “Il.(...). También será recusable por falta de título profesional o por incompetencia notoria en la materia del dictamen”.</p> <p style="text-align: center;">LABORAL</p> <p>El Código Procesal del Trabajo (CPT), no tiene una disposición explícita similar a los glosados en materia penal o civil que exija profesionalidad del perito, sin embargo, el art. 197, refiere que uno de los elementos de valoración del dictamen pericial es precisamente la competencia -se entiende profesional-del perito.</p> <p>NOTA. De las normas glosadas, es posible concluir que el juez debe realizar control sobre el curriculum vitae del perito, que acredite no sólo título profesional sino además solvencia en la práctica profesional, es decir, que sea un profesional que trabaje cotidianamente y principalmente con el objeto de la pericia, así como experiencia en los tribunales, o lo que es lo mismo, experiencia forense (que no debiera ser la única) ponderando de manera favorable si el perito posee investigaciones publicadas en revistas de reconocido prestigio que acrediten su trayectoria científica, como indicativos mínimos de calidad; siendo de menor calificación el rango o cargo profesional que ocupe en la empresa privada, por cuanto por sí mismo, no es en absoluto una garantía de calidad, aunque sí puede ser útil para el pago de honorarios¹⁰⁴.</p> <p>De otro lado, el juez debe tener en cuenta que a los peritos provenientes de la jurisdicción indígena originaria campesina, como son las autoridades naturales o ex autoridades no les es exigible un título universitario, lo que puede ocurrir también, cuando el objeto de la pericia no constituya el contenido de ningún estudio universitario.</p>
<p>Coherencia interna y razonabilidad del dictamen pericial</p>	<p style="text-align: center;">PENAL</p> <p>El art. 213 del Código de Procedimiento Penal, señala: “El dictamen será fundamentado y contendrá de manera clara y precisa la relación detallada de las operaciones practicadas y sus resultados, las observaciones de las partes o de sus consultores técnicos y las conclusiones que se formulen respecto a cada tema pericial. Los peritos podrán dictaminar por separado cuando exista diversidad de opiniones entre ellos”. Por su parte, el art. 214 del CPP, referido a la facultad del juez de solicitar un nuevo o ampliación señala: “Cuando los dictámenes sean ambiguos, insuficientes o contradictorios, se ordenará su ampliación o la</p>

realización de una pericia por los mismos peritos o por otros distintos”.

CIVIL

El art. 201 del CPC si bien no es explícito como lo es el art. 213 del CPP, sin embargo, del contenido se puede advertir que esta exigencia está implícita, toda vez que se faculta a las partes a pedir las aclaraciones o ampliaciones que estimen necesarias el dictamen pericial (parágrafo I), así como a impugnar las conclusiones del peritaje o solicitar un nuevo peritaje (parágrafo II) o, cuando la autoridad judicial, está facultada a requerir del perito las aclaraciones y complementaciones que entienda necesarias y disponer, a pedido fundado de parte o de oficio, la realización de un nuevo peritaje (parágrafo III).

LABORAL

Del art. 194 del CPT que dispone: “El Juez podrá ordenar que se repita o amplíe la prueba y que el perito rinda los informes adicionales que se le solicite”, es posible extraer que esta norma exige implícitamente coherencia y razonabilidad en el dictamen.

NOTA. De las normas referidas, es posible concluir que el primer punto que el Juez debe controlar es que el dictamen sea coherente y razonable, es decir, no sea contradictorio desde el punto de vista lógico, asimismo, sea inteligible, es decir, claro, preciso y detallado. Es importante que del contenido del dictamen el juez note un esfuerzo del perito por hacer inteligible aspectos técnicos y propios de la ciencia de peritaje, para que las razones del dictamen del perito puedan luego ser motivadas en la sentencia judicial, caso contrario, no podrá el juez exponer razones que no entiende, redundando en la coherencia y congruencia de la propia sentencia, ante cuya situación deberá pedir una aclaración escrita al perito o una cuando comparezca ante el juez a través del interrogatorio y de no conseguir ese resultado, ese dictamen debe ser desechado, solicitando nueva prueba pericial. Con esa finalidad, el juez debe advertir al perito que el dictamen que realice al no estar dirigido a expertos de su ciencia, debe hacer un esfuerzo en la exposición de sus conclusiones a riesgo de que no sean tenidas en cuenta y el dictamen resulte inútil, con la consiguiente pérdida de tiempo y dinero.¹⁰⁵

Es necesario aclarar que en el **proceso penal**, la facultad que le otorga el art. 214 del CPP al juez de solicitar un nuevo o ampliación de dictamen pericial cuando sea ambiguo, insuficiente o contradictorio, tiene la finalidad de permitir que el tribunal ayude a esclarecer los hechos si la prueba practicada en el proceso resulta

¹⁰⁵ Nieva Fenoll, ob.cit.

	<p>insuficiente, lo que ciertamente no va contra del principio acusatorio ni vulnera el derecho al juez imparcial, sino más bien da concreción al principio de verdad material (art. 180 de la CPE).</p> <p>En el proceso civil, el principio dispositivo entendido a partir del principio de verdad material (art. 180 de la CPE), también no sólo permite sino obliga al juez a disponer de la práctica complementaria de la prueba pericial o de una nueva en los supuestos de que los resultados no sean coherentes, razonables para la motivación de los hechos.</p> <p>En el proceso laboral, la norma prevista en el art. 194 del CPT es más clara, otorgando al Juez la facultad de ordenar que se repita o amplíe la prueba y que el perito rinda los informes adicionales que se le solicite.</p> <p>La ampliación, complementación o un nueva pericial, cuando el dictamen pericial no sea coherente, razonable, inteligible, claro, sencillo, en cualquier materia, será siempre, a la luz del principio de verdad material, una mejor solución procesal, que aplicar en lo conducente, la carga de la prueba, la insuficiencia probatoria o, simplemente la presunción de inocencia.</p> <p>Otra solución procesal es hacer comparecer al perito para que declare sobre el contenido de su dictamen pericial para que sea inteligible, caso en el cual, debe seguirse los criterios establecidos para la prueba de declaración de personas, con la particularidad de que debe tenerse en cuenta que al no ser parte del proceso, no tiene interés alguno en los resultados del mismo, por ello, su testimonio podría decirse que debiera ser automáticamente creíble, sobre todo si su dictamen parece correcto según los criterios desarrollados.</p>
<p>Seguimiento de parámetros científicos de calidad del dictamen pericial</p>	<p style="text-align: center;">CIVIL</p> <p>El art. 202 del CPC dispone que “La fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por la autoridad judicial en consideración a la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofreciere. La autoridad judicial no está obligada u obligado a seguir el criterio del perito y podrá apartarse del dictamen mediante resolución fundada”.</p> <p style="text-align: center;">LABORAL</p> <p>El art. 196 del CPT, señala que: “El dictamen pericial será estimado por el Juez teniendo en consideración los principios científicos en que se funde, la relación con la materia de hecho, la concordancia</p>

de su aplicación con las reglas de la sana crítica y la competencia del perito”.

NOTA. La autoridad jurisdiccional debe controlar la calidad del dictamen pericial, esto es, si siguió parámetros científicos, que supone, tratándose de pruebas científicas, verificar si cumple con la validez científica y/o metodológica y si pasa el test de corrección técnica de los resultados que fueron desarrollados anteriormente, que se pueden desglosar de la siguiente manera:

1. El dictamen pericial debe dar cuenta que las técnicas y teorías científicas utilizadas para obtener datos y conclusiones están aceptadas por la comunidad científica internacional, citando para ello publicaciones de calidad en las que se sustentan o, en su caso, manuales de la disciplina y, en la eventualidad que el examen pericial sea frecuente, debe justificar que la técnica utilizada es de uso regular en la praxis científica, industrial o profesional. Además, debe estar descrito detalladamente el procedimiento de análisis que llevó a cabo el perito, es decir el iter técnico que le llevó a sus conclusiones, así como el instrumental especializado que utilizó para el examen. Esto, además permitirá el contraste entre dictámenes periciales, por cuanto el uso de una u otra técnica puede dar resultados distintos¹⁰⁶.

2. El dictamen pericial debe exteriorizar que esas técnicas utilizadas se han aplicado según los estándares y normas de calidad vigentes, que están contenidos en sus criterios deontológicos, en manuales de uso o, en normas jurídicas, informando por ejemplo, de la antigüedad de las instalaciones donde se realizó el dictamen y del instrumental empleado. Nótese que en el dictamen de un topógrafo, es necesario que informe la antigüedad de los aparatos de medición que utilizó¹⁰⁷.

3. El dictamen pericial debe informar sobre el posible grado de error y también el nivel o gradación de variabilidad e incertidumbre de los datos obtenidos por la técnica o teoría científica utilizada, es decir, contener información estadística contrastable sobre el acierto de sus resultados, citando publicaciones que contengan estudios sobre la misma técnica utilizada en el dictamen, acreditar que su peritaje se sustenta en experimentación científica previa.

4. El dictamen pericial debe basarse en suficientes hechos y datos, demostrando que su examen no fue ejecutado superficialmente, sino que el recojo de muestras y evidencias fue realizada suficiente y debidamente, para lo cual aportará fotos u otro tipo de datos concretos.

106

107

Las partes, o el propio juez con su ciencia privada, son los que tienen que valorar críticamente esos datos. A tal efecto, el juez podrá ver si las referencias aportadas por el perito son aparentemente suficientes, pero los litigantes podrán intentar convencerle justamente de lo contrario rebatiendo lo dicho por el perito, no sólo en fase de conclusiones, sino a través de su interrogatorio, sin embargo, no cabe duda que los parámetros ofrecidos son los únicos que el juez, realmente, puede valorar.

La contradicción de dictámenes periciales entre sí

En razón a que el juez no puede rebatir el dictamen de uno u otro perito con argumentos científicos, cuando evidencie contradicción de dictámenes periciales entre sí, para elegir qué dictamen es el que le va servir de prueba de la hipótesis, debe seguir los criterios arriba nombrados que puede controlar y sobre todo exteriorizar y motivar en la sentencia.

Ahora bien, en el supuesto que ambos dictámenes periciales contradictorios entre sí, hubieren seguido los criterios arriba nombrados, el juez para elegir qué dictamen es el que le va a servir de prueba de la hipótesis, tiene que ver cuál de ellos está más acorde con las demás pruebas.

La contradicción del dictamen pericial con el resultado de otras pruebas

En este caso, el Juez debe valorar individualmente y por separado cada medio de prueba, estableciendo la credibilidad que le merece cada uno de ellos atendiendo los criterios establecidos y, luego en conjunto y de manera integral con todas las pruebas, estableciendo motivadamente cuál medio probatorio tiene mayor peso en el juicio de credibilidad. Dicho de otro modo, si todos los medios de prueba confluyen en un sentido, la valoración será más sencilla, pero si no es así, el juez deberá dar razones acerca de por qué confía más en el dictamen pericial que en el resto de medios de prueba.

- **Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la valoración de la prueba pericial en materia penal**
- El AS 51/2013 de 25 de febrero, SP I, señala que **los dictámenes periciales practicados durante la etapa preparatoria, puedan ser incorporados en juicio oral por su lectura, sin desmedro que el perito sea llamado a declarar sobre su dictamen en la audiencia de juicio oral. Señala:**

“En lo que corresponde a la incorporación del informe psicológico, el Tribunal de mérito así como el Tribunal de Alzada no vulneraron ninguna regla, puesto que la norma permite que las actas de reconocimiento, informes de pericia practicadas durante la etapa preparatoria sean incorporadas al juicio oral por su lectura, conforme determina el numeral 3 del artículo 333 del Código de Procedimiento Penal, sin perjuicio de que el juez o las partes exijan la comparecencia del Perito cuando sea posible, asimismo el artículo 351 del mismo cuerpo de leyes da la

posibilidad al Juez o al Tribunal interrogar al Perito, quien únicamente tendrá la facultad de consultar, documentos, notas escritas, publicaciones y de utilizar los medios técnicos durante la declaración, lo que da a entender de que la comparecencia del Perito a declarar no requiere necesariamente que deba ser propuesta como si se tratase únicamente de un testigo, pues tiene la facultad de ratificar e informar sobre el dictamen en audiencia de juicio oral conforme determina el artículo 217 del Código Penal Adjetivo”.

- El AS 272/2017 de 18 de abril-RRC, señala que **la ausencia del perito en el juicio oral para ratificar su dictamen pericial no invalida el mismo, en razón que debe valorarse su contenido.**

“(…)de la revisión del Auto de Vista recurrido, se advierte que de manera concisa; pero expresa y clara, fundamentó que era evidente que el Médico Forense no pudo declarar como testigo en el juicio para ratificar su informe; sin embargo, su ausencia no podía invalidar lo informado por él en el examen correspondiente, al resultar una prueba pericial que debe ser valorada de acuerdo a su contenido, lo que sin duda guarda coherencia con el Código procesal de la materia, en el que de ningún modo prevé la obligación de comparecencia del perito a efectos de que ratifique el estudio especializado que realizó, estableciéndose a lo largo del mismo la posibilidad de su comparecencia en juicio, siempre que ello sea posible o de que sea expresamente requerido por el Juez (arts. 217, 333 y 335 del CPP)”.

3.3.3. La valoración de la prueba documental

Nieva Fenoll¹⁰⁸, señala que el funcionamiento del **sistema legal de valoración de la prueba supuso la anulación de la valoración de la prueba**, por cuanto los jueces dejaron de escuchar a los testigos, a los que sólo se les pedía que juraran y se ratificaran, ocurriendo lo mismo con el juramento de las partes y exactamente igual los documentos públicos, en los que bastaba que sea público. Todos ellos eran prueba “plena”. La prueba “semitplena” o “sumaria” se tenía cuando no se alcanzaba el número mínimo de dos testigos, el documento no era público o el litigante simplemente declaraba, sin jurar. En esta práctica de valoración una confesión concluía el proceso, igual que un documento público. Y cuando no existía este último, o las confesiones de las partes eran contrapuestas, se echaba mano de los testigos, que finalmente, como se advirtió, sólo había que sumar, llevándose la victoria aquel que más testigos consiguiera presentar sin *obiectio*, es decir, sin ser tachados.

El **sistema de libre valoración de la prueba**, -libre valoración que no significa arbitrariedad y falta de motivación, sino todo lo contrario-cambió ese paradigma, aunque como afirma el autor, con algunas reminiscencias del **sistema legal de valoración de la prueba**.

¹⁰⁸ NIEVA FENOLL, Jordi, La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba, 2017.

Añade que en la valoración de la prueba documental, se trata, probablemente, de la reminiscencia más fácil de identificar, por cuanto, siguen el sistema legal de valoración, especialmente los documentos públicos, que por el sólo hecho de ser “públicos”, el juez debe creer su fecha, la identidad de sus otorgantes **y que los mismos dijeron lo que allí se afirma, no que lo afirmado sea cierto.** Del mismo modo, los documentos privados tienen ese mismo valor si no son impugnados. Por ello, concluye que la prueba documental debe ser valorada de forma libre, sin otro condicionamiento que el evidente e inevitable: el razonamiento judicial.

Lo señalado, permite señalar que como en todos los medios de prueba, en la prueba documental, el juzgador debe tener una visión y apertura al conocimiento interdisciplinar y sobre todo a conocimientos extrajurídicos, en este caso, adquirir conocimientos necesarios en semiótica textual, a fin de que pueda interpretar un escrito, que le permita examinar las motivaciones del autor del escrito en el entendido que ninguna redacción es absolutamente completa y exhaustiva, sino que siempre deja lagunas.

- **Valoración legal de los documentos públicos**

Los notarios de fe pública y todo el personal administrativo dotado de fe pública, generan documentos públicos a los que la ley otorga un valor probatorio privilegiado. En efecto, los arts. 1289 y 1297 del Código Civil y 399 del Código de Procedimiento Civil, señalan que los documentos públicos y los documentos privados reconocidos se consideran auténticos y que hacen de plena fe, salvo que se haya declarado su falsedad en proceso penal. De ahí que en materia penal no existe tal norma que confiera valor privilegiado a los documentos públicos, por cuanto precisamente en esta vía se denuncian casos de falsedades materiales e ideológicas en documentos públicos, así como suplantación de personas que aparecen reconociendo las firmas de diferentes contratos, como por ejemplo de transferencia de bienes inmuebles.

Es decir, es posible que un escrito refleje que dos personas han suscrito un contrato de compraventa, pero por mucho que conste el mismo en documento público, o documento privado con reconocimiento de firmas, ello no quiere decir que no haya existido una simulación contractual. Por ejemplo un documento público en el que una persona adulta mayor deja en alquiler a otra un inmueble por espacio de veinte años a razón de 2000 bolivianos al mes, podría ser en realidad una donación encubierta, empero formalmente es un arrendamiento, caso en el cual, podría concluirse simplemente que existe una simulación contractual, pero es posible que no lo sea.

De donde resulta -afirma Nieva Fenoll- que la eficacia probatoria incluso de un documento público pasa por averiguar las intenciones de los autores del documento,

tarea que le corresponde valorar al juez o, lo que es lo mismo, sin dudar de la autenticidad del documento, **lo verdaderamente relevante a los efectos de la valoración, es la interpretación del contenido de dicho documento, es decir, el sentido de las palabras que utilizaron los autores del mismo.**

De ahí que la técnica de valoración de los documentos en general, incluidos los documentos públicos es, la interpretación del sentido de los textos escritos, con ayuda del estudio de la semiótica textual, útil para desentrañar su significado, **a partir de dos elementos controlables por la autoridad judicial, la contextualización del escrito y su modalidad.**

Es decir, de lo que se trata es de averiguar tanto lo que un documento dice, como lo que no ha dicho pero se infiere del mismo, a fin de descubrir el ánimo de su autor al redactar sus palabras. Pues bien, tanto para descubrir la intención de su autor, como para interpretar el contenido del texto desde cualquier punto de vista, incluido el ideológico, coinciden los autores en que es imprescindible **contextualizar el escrito**. Es decir, hay que averiguar en qué circunstancias fue realizado, en qué momento de la vida del autor, en qué lugar y tiempo, etc., porque evidentemente cambia completamente el sentido de lo que se dice en un contexto o en otro. Puede parecer obvio, dado que esta contextualización se aprecia con frecuencia tanto en las sentencias como sobre todo en los alegatos de las partes, sin embargo, esa contextualización debe realizarse con detenimiento, no dando por supuesto nada de lo que se dice, sino expresando en la motivación de la sentencia las razones de considerar ese contexto como válido.

En todo caso, descubrir el sentido de un texto depende evidentemente de la fijación de ese contexto. En este sentido puede ser de gran ayuda, no ya la valoración conjunta de los documentos junto con otros medios de prueba, sino que avanzándose al posible contexto en que fue redactado el documento, hay que preguntar a partes y testigos sobre las circunstancias en las que los documentos se confeccionaron. Sólo ello llevará a una debida definición del marco en que el documento fue realizado. Para ello, no es imprescindible que el juez posea amplios conocimientos de semiótica textual. A través de la contextualización, el juez podrá aprovechar para intentar valorar el otro aspecto relevante de los textos para cuyo examen no posee formación: **la modalidad.**

Con la contextualización se describen mejor las intenciones de los autores, los pensamientos de cada contratante, y además se consigue que las interpretaciones judiciales no se ajusten a la estricta literalidad de un texto —que es lo que suele ocurrir en el ámbito contractual—, sino, como ya dije, que se abunde debidamente en los vicios del consentimiento, especialmente en el error. En definitiva, **valorar debidamente el**

documento no supone simplemente leerlo, sino también describir su contexto, porque sólo de esa forma es posible leer entre líneas, descubriendo el trasfondo del escrito. Únicamente de ese modo se consigue averiguar que una publicidad es engañosa, o que una cláusula es abusiva, o bien que un escrito es insultante aunque no se utilicen palabras gruesas, o bien que tras una serie de manifestaciones aparentemente objetivas, se esconden unas flagrantes amenazas, entre otros muchos ejemplos que podrían citarse y que descubren, efectivamente, la evidente importancia de esa contextualización, que no debiera dejarse de lado.

En ese orden, es interesante analizar el AS 409/2015 de 9 de junio, en el que sin dudar de la autenticidad de un documento público (testimonio de escritura pública de venta de terreno) se interpreta dicho documento, señalando:

“En cuanto a la no consideración de la cláusula cuarta del documento de fs. 12 a 14, en sentido de que Margarita Alarcón vda. de Cabero, hubiera indicado que en el lote “A”, Ruth y Leticia Cabero hubiera efectuado el gasto para la construcción de un departamento, el amurallamiento y la verja, declaración que tendría la fe probatoria asignada por los arts. 1287, 1289, 1290 del Código Civil.(...); consiguientemente la declaración de la cláusula cuarta del documento de fs. 12 a 14, no resulta ser un medio de prueba idóneo para considerar que la actora hubiera introducido mejoras en la propiedad ahora objeto de división y partición, pues las declaraciones en favor de otro solo hacen fe contra quien lo ha suscrito (no habiendo suscrito el documento de fs. 12 a 14 Justina Olga Cabero Alarcón), por lo que no existe vulneración de los arts. 1287 y 1289 parágrafo I del Código Civil y 1290 parágrafo I y 56 Art. de la Constitución Política del Estado”

3.4. La revisión de la valoración de la prueba por la justicia constitucional

La revisión de la valoración de la prueba por la justicia constitucional, tiene como antecedentes a las SSCC 129/2004-R, de 28 de enero ¹⁰⁹, 0873/2004-R ¹¹⁰, en las cuales se

¹⁰⁹La SCP 129/2004-R en el FJ III.3 señala: “No obstante lo referido precedentemente, cabe también indicar que, en resguardo de los derechos fundamentales a la seguridad jurídica, el acceso a la justicia y a una tutela efectiva, propios de la víctima que plantea la denuncia ante el Ministerio Público para que cumpla con su función de promover la acción de la justicia para perseguir y sancionar al autor del delito, este Tribunal puede analizar la conducta omisiva del representante del Ministerio Público, el juez cautelar u otra autoridad competente para intervenir en la etapa preparatoria; conductas omisivas expresadas, entre otras, en no recibir, producir o compulsar cierta prueba inherente al caso, en no recibir o providenciar memoriales denegando el derecho de petición, en no realizar actos solicitados por las partes a fin de demostrar su acusación o desvirtuar la misma, en negar el trámite de las impugnaciones o, en su caso, en la no aplicación objetiva de la Ley pertinente al caso; en consecuencia, la denuncia sobre las omisiones referidas podrá ser de conocimiento de este Tribunal y examinado el caso, se tendrá o no que otorgar la tutela”.

¹¹⁰ El FJ. III.3. de la SCP 0873/2004-R establece: “Por otra parte, también es preciso recordar que la compulsas de las pruebas que se aporten con el fin de obtener la cesación de la detención preventiva, es facultad exclusiva del Juez Cautelar que esté a cargo del control de la investigación, pues en los únicos casos que este Tribunal puede intervenir en la revisión de dicho análisis será cuando el juzgador se hubiera

estableció que dicha actividad es propia de la jurisdicción ordinaria, sin embargo, abrió la posibilidad que la justicia constitucional pueda realizar el control tutelar de constitucionalidad, cuando la autoridad hubiere omitido la valoración de la prueba o se hubiere apartado de los marcos de razonabilidad y equidad previsibles para decidir; ambos supuestos fueron sistematizados por la SCP 0965/2006-R ¹¹¹. Posteriormente, la SCP 115/2007-R ¹¹² de 7 de marzo, sostuvo que también era posible revisar la valoración de la prueba cuando la decisión de la autoridad se basó en una prueba inexistente o que refleja un hecho diferente al utilizado como argumento.

En ese marco, la SCP 1215/2012 ¹¹³ de 6 de septiembre, resumió los supuestos de procedencia de revisión de valoración de la prueba, señalando que la justicia constitucional debe verificar si en dicha labor las autoridades: a) No se apartaron de los marcos legales de razonabilidad y equidad; b) No omitieron de manera arbitraria la

apartado de las previsiones legales que rigen el acto procesal como de los marcos de razonabilidad y equidad previsibles para decidir, si estos casos no se dan, esta jurisdicción no puede intervenir para dejar sin efecto la resolución que conceda la cesación o la rechace, ya que ello importaría una doble valoración de la prueba”.

¹¹¹ El FJ. III.2. de la SCP 0965/2006-R, establece: “Ahora bien, siendo competencia de la jurisdicción constitucional, revisar excepcionalmente la labor de valoración de la prueba desarrollada por la jurisdicción ordinaria, únicamente, se reitera, cuando en dicha valoración: a) exista apartamiento de los marcos legales de razonabilidad y equidad previsibles para decidir; o, b) cuando se haya adoptado una conducta omisiva expresada, entre otras, en no recibir, producir o compulsar cierta prueba inherente al caso y, su lógica consecuencia sea la lesión de derechos fundamentales y garantías constitucionales; dicha competencia del Tribunal Constitucional, se reduce, en ambos casos, a establecer la ausencia de razonabilidad y equidad en la labor valorativa o la actitud omisiva en esta tarea, pero en ningún caso a sustituir a la jurisdicción ordinaria examinando la misma”.

¹¹² La SCP 115/2007, en el FJ. III.3. señaló: “Ahora bien, analizados los actos de las autoridades recurridas; en primer término los del Juez que resolvió el incidente, se debe manifestar que ha efectuado una valoración de la prueba existente en obrados del incidente que dio lugar al presente amparo constitucional; y tal como fue expuesto, dicha labor le corresponde en forma exclusiva a su autoridad, no pudiendo este Tribunal efectuar un nuevo examen de dichos medios probatorios, a no ser que la sindéresis del referido Juez exceda de los marcos de razonabilidad y equidad previsibles, desde el punto de vista de la certeza con que el material probatorio fue examinado, para asumir una decisión basada en la sana crítica; dicho de otro modo, este Tribunal, para procurar la vigencia material de los derechos fundamentales de las personas, puede analizar la valoración efectuada por los jueces ordinarios, cuando dicha apreciación no es verificable en la prueba utilizada por la autoridad judicial; por tanto, supone que el Juez asumió su decisión en una prueba inexistente, o que demuestra hechos diferentes a los que se utiliza como sustento de la Resolución judicial. En consecuencia, además de la omisión en la consideración de la prueba, que según la SC 0419/2006-R anteriormente citada es causal de excepción de la subregla de no valoración de la prueba, otra excepción se da cuando la autoridad judicial basa su decisión en una prueba inexistente o que refleja un hecho diferente al utilizado como argumento.

¹¹³ La SCP 1215/2012, en el FJ. III.3.2. señaló: “En resumen, por regla general, la jurisdicción constitucional está impedida de ingresar a valorar la prueba, por ser una atribución conferida privativa y exclusivamente a las autoridades jurisdiccionales o administrativas; empero, tiene la obligación de verificar si en dicha labor: a) Las autoridades no se apartaron de los marcos legales de razonabilidad y equidad; b) No omitieron de manera arbitraria la consideración de ellas, ya sea parcial o totalmente; y, c) Basaron su decisión en una prueba inexistente o que refleje un hecho diferente al utilizado como argumento”.

consideración de las pruebas, ya sea parcial o totalmente; y, c) Basaron su decisión en una prueba inexistente o que refleje un hecho diferente al utilizado como argumento.

Ahora bien, la SCP 0965/2006-R estableció determinados presupuestos para efectuar la revisión de la valoración de la prueba, exigiendo que la o el accionante debía: a) identificar las pruebas que se omitió valorar o que se apartan de los cánones de razonabilidad o equidad; b) indicar la incidencia de la omisión o el apartamiento de los cánones de razonabilidad y equidad en la decisión final; argumentando de forma precisa las razones por las cuales la valoración de la prueba afectaba los principios de razonabilidad o equidad¹¹⁴.

En similar sentido, la SCP 1215/2012 señaló que, en cualquier caso, se debe demostrar la lógica consecuencia de que su incumplimiento ocasionó lesión de derechos fundamentales y/o garantías constitucionales al afectado; lo que se traduce en relevancia constitucional.

¹¹⁴ El FJ. III.2. de la SCP 0965/2006-R, establece: “En ese orden de razonamiento para que este Tribunal pueda cumplir con esta tarea, es necesario que la parte procesal, que se considera agraviada con los resultados de la valoración efectuada dentro de un proceso judicial o administrativo, invocando la lesión a sus derechos fundamentales, exprese de manera adecuada y precisa en los fundamentos jurídicos que sustenten su posición (recurso de amparo), lo siguiente:

Por una parte, qué pruebas (señalando concretamente) fueron valoradas apartándose de los marcos legales de razonabilidad y equidad previsibles para decidir; o, cuáles no fueron recibidas, o habiéndolo sido, no fueron producidas o compulsadas; para ello, será preciso, que la prueba no admitida o no practicada, se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, solicitud, que en todo caso, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales ordinarios, el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas, debiendo motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas. Por supuesto, una vez admitidas y practicadas las pruebas propuestas declaradas pertinentes, a los órganos judiciales, les compete también su valoración conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, según lo alegado y probado.

Asimismo, es imprescindible también, que el recurrente señale en qué medida, en lo conducente, dicha valoración cuestionada de irrazonable de inequitativa o que no llegó a practicarse, no obstante haber sido oportunamente solicitada, tiene incidencia en la Resolución final; por cuanto, no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica, a su valoración, etc.) causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante, correspondiendo a la parte recurrente, demostrar la incidencia en la Resolución final a dictarse, es decir, que la Resolución final del proceso hubiera podido ser distinta de haberse practicado la prueba omitida, o si se hubiese practicado correctamente la admitida, o si se hubiera valorado razonablemente la compulsada; puesto que resulta insuficiente, para la viabilidad del recurso de amparo, la mera relación de hechos; porque sólo en la medida en que el recurrente exprese adecuada y suficientemente sus fundamentos jurídicos, la jurisdicción constitucional podrá realizar la labor de contrastación, que amerita este tema de revisión excepcional de la labor de la valoración de la prueba realizada por la jurisdicción ordinaria; máxime si se tiene en cuenta que el art. 97 de la LTC, ha previsto como un requisito de contenido, el exponer con precisión y claridad los hechos que le sirvan de fundamento y precisar los derechos o garantías que se consideren restringidos, suprimidos o amenazados, señalando en qué consiste la restricción o supresión”.

Posteriormente la SCP 0410/2013, de 27 de marzo moduló la línea jurisprudencial de referencia y eliminó el requisito de la carga argumentativa que la jurisprudencia exigía para el análisis de fondo de la problemática en esta temática, señalando que las reglas impuestas a la parte accionante referidas a “...explicar de modo sistemático y metódico la irrazonabilidad, inequidad, omisión arbitraria, o valoración equivocada de la prueba (...) constituyen instrumentos argumentativos, no causales de denegatoria de la acción de amparo constitucional...”¹¹⁵ .

No obstante la existencia de dicho precedente, en muchos casos se continuó utilizando el entendimiento contenido en la SC 965/20006-R citada precedentemente, que establecía los requisitos que debía cumplir el accionante para el análisis de la revisión de la valoración de la prueba. Así, por ejemplo, la SCP 340/2016-S2, luego de efectuar un resumen de los precedentes sobre el tema en análisis, sostuvo que era posible, ante

¹¹⁵ La SCP 0410/2013, en el FJ. III.2 señaló: “En ese orden, si bien es cierto que la jurisdicción constitucional debe respetar el ámbito de atribuciones propias de la jurisdicción ordinaria, es también correcto que cuando se ha quebrado el sistema constitucional, sus dogmas y principios o los derechos fundamentales de la persona humana, es deber del Tribunal Constitucional Plurinacional revisar la interpretación de la legalidad ordinaria efectuada por el juzgador ordinario, para resguardar la vigencia material de la Norma Fundamental y la materialización de los derechos constitucionales. Similar doctrina existe para la intervención de las resoluciones judiciales, cuando se denuncia indebida o errónea valoración o apreciación de la prueba; una explicación de esta teoría se encuentra en la SCP 1916/2012 de 12 de octubre.

Ahora bien, es necesario esclarecer que estas auto restricciones de la jurisdicción constitucional, deviene del principio de separación y distribución de funciones, que impiden la injerencia de la jurisdicción constitucional en la función asignada a la jurisdicción ordinaria; empero, deben comprenderse conforme a la nueva arquitectura de ésta, por ello deben ser asimiladas también bajo los principios de impulso de oficio, inquisitivo y no formalismo, por lo que su naturaleza es la de instrumentos útiles para el análisis de la función cumplida por la jurisdicción ordinaria, son herramientas de fundamentación de las acciones y recursos al alcance de las partes interesadas en activar la jurisdicción constitucional y de argumentación de las resoluciones para el Tribunal Constitucional Plurinacional; pero también, son el parámetro válido y legítimo de verificabilidad de la idoneidad, legitimidad y calidad de las resoluciones judiciales o administrativas cuasi jurisdiccionales; más, no son requisitos ineludibles que el accionante debe cumplir bajo sanción de rechazo o denegación de la acción tutelar, ya que ésta una vez activada, genera en la jurisdicción constitucional el compromiso ineludible de perseguir al evento acusado de inconstitucional, basado en la información concedida por el accionante, siendo pertinente analizar los hechos conocidos con todas las herramientas y métodos de análisis al alcance de la Sala del Tribunal Constitucional Plurinacional que conozca el asunto, sin que ningún instrumento o método quede al margen por la sola razón de no haber sido mencionado, sutileza que sería una argucia de aquellas que corrompen los sistemas judiciales obsoletos y decadentes.

Del modo explicado en el párrafo anterior, se entiende que las reglas y subreglas contenidas en la doctrina de las auto restricciones de la jurisdicción constitucional, respecto al canon de interpretación de la legalidad ordinaria, así como la valoración integral de la prueba, son instrumentos al servicio de la persona que crea sus derechos vulnerados, que bien utilizados redundará en una mejor comprensión del tema por parte de la jurisdicción constitucional y con ello mayores posibilidades de concesión de la tutela requerida, por ello su buen uso deviene en una ventaja procesal; mientras que para el Tribunal Constitucional Plurinacional, son herramientas de verificación de la legalidad y constitucionalidad de las resoluciones judiciales; pero en ningún caso se pueden aplicar para rechazar o denegar la activación de la jurisdicción constitucional por el sólo hecho de no haber sido nombradas en el memorial de amparo”.

la violación evidente y grave de derechos fundamentales, de manera excepcional y como facultad potestativa del Tribunal Constitucional Plurinacional, ingresar de oficio a la valoración de la prueba, legalidad ordinaria y fundamentación de las resoluciones, sin necesidad de las exigencias desarrolladas por la jurisprudencia¹¹⁶.

Por otra parte, en cuanto a los alcances de la revisión de la valoración de la prueba por parte de la justicia constitucional, la SCP 1215/2012 de 6 de septiembre, en su FJ. III.3.2., señaló que dicha competencia:

“[Se] reduce únicamente a establecer la ausencia de razonabilidad y equidad en la labor valorativa, o bien, si existió una actitud omisiva en esta tarea, ya sea parcial o total; o finalmente, si se le dio un valor diferente al medio probatorio, al que posee en realidad, distorsionando la realidad y faltando al principio de rango constitucional, como es la verdad material, pero en ningún caso podrá pretender sustituir a la jurisdicción ordinaria, examinando directamente la misma o volviendo a valorarla, usurpando una función que no le está conferida ni legal ni constitucionalmente”¹¹⁷

En este entendido y de la precedente contextualización de línea jurisprudencial referida a la valoración de prueba, debe considerarse que una de las principales funciones de la justicia constitucional es la tutela de derechos y garantías fundamentales, en consecuencia debe ser una premisa en esta su labor el garantizar un real acceso a la justicia constitucional, por consiguiente cuando se trate de acciones de

¹¹⁶ La SCP 0340/2016-S2, en el FJ III.3., bajo el título “Necesaria complementación de la doctrina de las autorestricciones de la jurisdicción constitucional respecto a la interpretación de la legalidad ordinaria y valoración de la prueba en la jurisdicción ordinaria. Integración jurisprudencial”, señaló: “Conforme a los argumentos expuestos en el Fundamento precedente, la justicia constitucional ha establecido la doctrina de las autorestricciones (self restrictions), respecto a la interpretación de la legalidad ordinaria y de la valoración de la prueba, disponiendo a la luz de los principios de independencia judicial y autonomía decisoria así como de los principios de verdad material e inmediatez, que la jurisdicción constitucional se halla impedida de revisar la labor interpretativa efectuada por autoridades de la jurisdicción ordinaria; así como también se encuentra cohibida de valorar los elementos probatorios que fueron expuestos durante el litigio y que merecieron pronunciamiento previo durante el juzgamiento. Sin embargo, ante la probable vulneración de derechos y garantías constitucionales, esta instancia en cumplimiento de su mandato constitucional de resguardo y cumplimiento de la Constitución Política del Estado, estableció que la jurisdicción constitucional, si bien no puede revisar la labor interpretativa efectuada por jueces y tribunales ordinarios y tampoco valorar las pruebas del proceso, puede verificar si dichas autoridades, al haber interpretado erróneamente la ley o haber valorado incorrectamente el acervo probatorio, hubieran ocasionado lesión a derechos o garantías constitucionales. A este efecto, conforme se evidenció en el Fundamento Jurídico III.2 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, el extinto Tribunal Constitucional consideró necesario establecer reglas y subreglas de aplicación y cumplimiento necesario a efectos de que esta jurisdicción pudiera revisar la labor interpretativa y valorativa de la justicia ordinaria; así, conforme al desarrollo jurisprudencial analizado previamente, resulta imperioso, necesario y fundamental, integrar el entendimiento jurisprudencial y presupuestos procesales respecto a la doctrina de las autorestricciones de la jurisdicción constitucional sobre la interpretación de la legalidad ordinaria y la valoración de la prueba, y para dicho efecto, debemos remitirnos a la jurisprudencia citada en la presente Sentencia Constitucional Plurinacional”.

¹¹⁷ SCP 1215/2012, FJ. III.3.2., *op. cit.*

defensa en las que se denuncie una arbitraria valoración de prueba, ya sea por su irrazonabilidad u omisión considerativa; debe aplicarse el estándar jurisprudencial más alto, que es el entendimiento más favorable al acceso a la justicia constitucional que ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 2233/2013, a partir de los arts. 256 y 13 de la CPE, en la que se estableció que el precedente constitucional en vigor o vigente resulta aquél que acoja el estándar más alto de protección del derecho fundamental o garantía constitucional invocada, esto es, aquella decisión que hubiera resuelto un problema jurídico de manera más progresiva a través de una interpretación que tiene a efectivizar y materializar de mejor manera los derechos fundamentales y garantías constitucionales previstas en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad; estándar que se escoge después del examen o análisis integral de la línea jurisprudencial, ya no solamente fijándose el criterio temporal de las sentencias constitucionales (si fue anterior o posterior) que hubiere cambiado, modulado o reconducido un determinado entendimiento jurisprudencial, sino sobre todo, aquél que sea exponente del estándar más alto de protección del derecho¹¹⁸.

A partir de lo señalado y efectuado el examen de la línea jurisprudencial en cuanto a los requisitos para la revisión de la valoración de la prueba en la justicia constitucional, es indudable que el estándar jurisprudencial más alto, en cuanto a los requisitos para ingresar al análisis de fondo de la acción, se encuentra contenido en la SCP 410/2013, por cuanto permite un acceso más amplio a la justicia constitucional, no limitado por presupuestos formales o carga argumentativa a ser cumplida por la parte accionante.

RECAPITULACIÓN

LA REVISIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA POR LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. La valoración de la prueba es una actividad propia de las juezas y jueces de las diferentes jurisdicciones del órgano judicial o de las autoridades administrativas.

2. La justicia constitucional puede revisar la valoración de la prueba cuando:
2.1. Las autoridades se apartaron de los marcos legales de razonabilidad y equidad; 2.2. Omitieron de manera arbitraria la consideración de las pruebas,

¹¹⁸ Tribunal Constitucional Plurinacional, Sistematización de la Jurisprudencia Constitucional, SCP 2233/2013.

ya sea parcial o totalmente, y 2.3. Basaron su decisión en una prueba inexistente o que refleje un hecho diferente al utilizado en la argumentación.

3. La ausencia de carga argumentativa vinculada a los supuestos en que procede la revisión de la valoración de la prueba (resumidos en el punto precedente, 2) no es una causal para la denegatoria de la acción de amparo constitucional.

4. La competencia de la justicia constitucional en el análisis de la revisión de la valoración de la prueba se reduce a establecer la ausencia de razonabilidad y equidad en la labor valorativa o a constatar una actitud omisiva en esa tarea o, finalmente, si se le dio un valor diferente al medio probatorio, desconociendo el principio de verdad material; 5. Las irregularidades en la valoración de la prueba sólo darán lugar a la concesión de la tutela cuando tengan relevancia constitucional; es decir, cuando incidan en el fondo de lo demandado y sean la causa para la lesión de derechos fundamentales y/o garantías constitucionales.

UNIDAD DIDÁCTICA 4:

EL JUICIO DE HECHO Y LA JUSTIFICACIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

4.1. Delimitación del objeto de estudio en este tema

En este tema el análisis se circunscribe a desarrollar cómo se justifica, cómo se motiva esa decisión probatoria, esa valoración judicial de la prueba, con qué tipo de razones jurídicas se va a justificar esa decisión que responda a la pregunta cuáles son las razones que justifican esa hipótesis sobre los hechos, aspecto vinculado a la *justificación externa*.

4.2. La importancia de motivar las decisiones probatorias

Conforme se ha visto en módulos anteriores, a través de la teoría de la argumentación jurídica se busca responder a la pregunta de cuándo una decisión judicial se encuentra debidamente justificada. Es así que a la autoridad jurisdiccional no le basta plasmar en su sentencia una determinada decisión; pues la argumentación jurídica como acertadamente señala Manuel Atienza supone un nuevo modelo de racionalidad con la que medir críticamente las decisiones jurídicas y es en este sentido que el juez es el responsable de **argumentar sus decisiones fundada y motivadamente**¹¹⁹.

Ahora bien, está claro que la fundamentación y motivación de las resoluciones es uno de los elementos del debido proceso en su vertiente de derecho fundamental que tiene como finalidad precisamente el que se dicte una resolución fundada en Derecho. De esta forma la motivación de las resoluciones judiciales se apoya en la necesidad de que el tribunal haga públicas las razones que le han conducido a fallar en uno u otro sentido, demostrando así que su decisión no es producto de la arbitrariedad, sino del correcto ejercicio de la función jurisdiccional que le ha sido encomendada, es decir, resolviendo el problema jurídico sometido a su conocimiento, precisamente, en aplicación del Derecho¹²⁰.

En ese orden, el deber de fundamentar y motivar las resoluciones judiciales tiene los siguientes objetivos específicos: a) garantizar la posibilidad de control del fallo por los tribunales superiores, incluida la propia jurisdicción constitucional; b) lograr la

¹¹⁹ ATIENZA Manuel, Argumentación y Constitución. Disponible en: http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf

¹²⁰ CORDÓN AGUILAR Julio César, Motivación Judicial Exigencia Constitucional, Info CC Guatemala, 2012. págs. 4 a 5.

convicción de las partes en el proceso sobre aquella decisión judicial que afecte sus derechos; y c) demostrar la voluntad del juez en garantizar una resolución motivada.

De acuerdo a Alejandro Nieto García, la fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales cumple además, tiene las siguientes finalidades: 1) una función preventiva de los errores, en cuanto debiendo el juez dar cuenta por escrito de los razonamientos por los que ha llegado a su fallo, al momento de “redactar” su resolución podría bien darse cuenta de aquellos errores que pudo haber cometido en su “operación intelectual” y “autoenmendarse”; 2) una función endoprocesal o de garantía de defensa para las partes en cuanto les permite conocer el *iter* formativo de la resolución y, como tal, detectar esos errores que se mantendrían ocultos si no se explicitaran por escrito, a los efectos de poder utilizar las impugnaciones enderezadas a reparar tales errores; y 3) una función extraprocesal o democrática de garantía de publicidad (y como tal de exclusión de la arbitrariedad) en el ejercicio del poder por parte del juez¹²¹.

De esta forma el derecho a la debida fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales se constituye en una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones se encuentren justificadas y motivadas en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o que se derivan del caso, por tanto, la motivación constituye un mecanismo de control jerárquico de instancias y de prevención frente a la opinión pública, pues impide consagrar arbitrariedades y garantiza que las decisiones emitidas por los jueces sean justas e imparciales sobre la base de una argumentación lógica y sólida.

Así las cosas, cualquier decisión ya sea judicial o administrativa debe basarse en una motivación fundada en derecho, es decir, que vaya en concordancia con el derecho y los valores y principios consagrados en el ordenamiento jurídico. De esta forma el vínculo entre la argumentación jurídica y la fundamentación y motivación de las decisiones se da precisamente en el hecho de que no es suficiente que una sentencia realice una mera cita de determinada norma, o que relacione dicha norma con los hechos específicos, sino que es preciso que, en los casos fáciles, el juez efectúe un razonamiento lógico por el que relacione de manera razonable, clara, coherente y sencilla los hechos con el derecho explicando detalladamente el cómo y por qué llega a determinada decisión; fundamentación y motivación que será más exigente en los casos difíciles, en los que el juez tendrá que explicar por qué una norma es aplicable al caso (problemas de relevancia), por qué debe ser interpretada en un sentido determinado (problemas de interpretación), o por qué existe colusión de principios fundamentando

¹²¹ NIETO GARCIA, Alejandro, El arte de hacer sentencias o Teoría de la Resolución Judicial. Madrid, Universidad Complutense, 1998 págs. 185-190.

la preferencia condicionada; asimismo, está obligado a manifestar los motivos por los cuales el hecho se encuentra probado, cuál ha sido la valoración otorgada a la prueba y porqué el hecho merece una calificación jurídica determinada.

En ese orden, el fundamentar y motivar una resolución, no significa citar muchas disposiciones legales sin conectarlas ni explicar su relación con el caso y tampoco explicar y razonar sin fundamento en Derecho, supuesto que se daría si un juez justificaría su resolución en principios diferentes a los jurídicos. Así, como ha quedado establecido en los anteriores temas es evidente que toda argumentación jurídica, debe tener por lo menos una premisa normativa, que debe ser adecuadamente justificada por la autoridad judicial. Ello no significa que no se utilicen otro tipo de argumentos, empero éstos deben estar encaminados a justificar, como se tiene señalado, la aplicación de la norma al caso.

En ese orden, una sentencia indefectiblemente contendrá el enlace lógico jurídico que existe entre lo expuesto y lo resuelto, con la finalidad de que por medio de dicha resolución se llegue al convencimiento de por qué el caso se resolvió de una manera y no de otra; así mediante el convencimiento del propio juez, las partes podrán entender las razones de la misma¹²². La fundamentación y motivación requiere una justificación, por lo cual fundamentar y motivar una decisión judicial significa proporcionar argumentos que la sostengan¹²³.

En síntesis, la fundamentación y motivación obliga a la autoridad jurisdiccional a exponer los argumentos que justifican su decisión, con la pretensión de lograr que las partes y el auditorio universal posible de la comunidad jurídica, queden persuadidos de que esa resolución dentro del universo posible de casos, resulta ser la más acertada¹²⁴.

➤ **La distinción entre fundamentación (premisa normativa) y motivación (premisa fáctica)**

Aunque usualmente los términos fundamentación y motivación son utilizados como sinónimos, no significan lo mismo, ya que la fundamentación se refiere a la obligación de la autoridad que emite determinada decisión de citar los preceptos legales, sustantivos y adjetivos, en que se apoye su determinación, justificando, en su caso, especialmente en los casos difíciles, la decisión de utilizar dichas disposiciones legales

¹²² ATIENZA Manuel, El Derecho como argumentación; Isegoría; N° 21, Madrid, 1999, pág. 39.

¹²³ .EZQUIAGA Francisco Javier, Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/isonomia-revista-de-teoria-y-filosofia-del-derecho-3/html/p0000006.htm>

¹²⁴ GARCIA AMADO Jorge, Teorías de la tópica jurídica, Madrid, Civitas, 1988, pág. 208.

o de interpretarlas de una determinada manera, en cambio la motivación hace referencia a la serie de razonamientos lógico-jurídicos que permiten entender porque un determinado caso se ajusta a la hipótesis normativa planteada en el mismo.

De esta forma se entiende que la fundamentación consiste en la sustentación de la resolución en una o varias disposiciones legales y la motivación hace referencia al proceso intelectual efectuado por el juez en cuanto a las razones por las cuales, a su juicio, resultan aplicables al caso concreto las normas invocadas en la justificación de la decisión.

El Tribunal Constitucional de nuestro país ha distinguido jurisprudencialmente entre motivación y fundamentación en la SC 1291/2011-R de 26 de septiembre, que estableció:

(...) el fallo debe dictarse necesariamente con arreglo a derecho, esto es con la debida fundamentación que consiste en la sustentación de la resolución en una disposición soberana emanada de la voluntad general. Este requisito exige que el juez, a través del fallo haga públicas las razones que justifican o autorizan su decisión, así como las que la motivan, refiriéndonos al proceso intelectual fraguado por el juez en torno a las razones por las cuales, a su juicio, resultan aplicables las normas determinadas por él, como conecedor del derecho para la solución del caso a través de la cual el juzgador convence sobre la solidez de su resolución y a la sociedad en general le permite evaluar la labor de los administradores de justicia.

Posteriormente el Tribunal Constitucional Plurinacional distinguió expresamente entre fundamentación y motivación en la SCP 1414/2013 de 16 de agosto de 2013, conforme el siguiente razonamiento:

(...) El derecho a la fundamentación de un fallo es una garantía de legalidad que establece que todo acto de autoridad precisa **encontrarse debidamente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero la obligación de la autoridad que lo emite para citar los preceptos legales, sustantivos y adjetivos, en que se apoye la determinación adoptada; y por lo segundo, que exprese una serie de razonamientos lógico-jurídicos sobre el porqué considera que el caso concreto se ajusta a la hipótesis normativa.**

En síntesis la fundamentación consiste en la justificación normativa de la decisión judicial, y la motivación es la manifestación de los razonamientos que llevaron a la autoridad a la conclusión de que el acto concreto de que se trate, se encuentra, por una parte, probado, los que supone que la autoridad judicial debe explicar las razones por las que considera que la premisa fáctica se encuentra probada, poniendo de manifiesto la valoración de la prueba efectuada y, por otra explicando por qué el caso encuadra en la hipótesis prevista en el precepto legal, Por consiguiente, no basta que en el derecho positivo exista un precepto que pueda sustentar el acto de la autoridad,

ni un motivo para que ésta actúe en consecuencia, sino que es indispensable que se hagan saber al afectado los fundamentos y motivos del procedimiento respectivo, ya que sólo así estará en aptitud de defenderse como estime pertinente. De esa forma se entiende que la fundamentación debe ser específica al caso de que se trate y la motivación explícita.

➤ **Algunas precisiones respecto al término motivación a la luz del contexto de descubrimiento y justificación**

Conforme quedó explicado en el Tema 2 del presente texto, existe la necesidad de distinguir entre el contexto del descubrimiento y el de la justificación, siendo este último el que es propio de las decisiones o resoluciones judiciales; pues la autoridad jurisdiccional está obligada a expresar las razones que justifiquen su decisión. Así, se señaló que de acuerdo a Atienza, con independencia de las razones explicativas (contexto del descubrimiento) sobre la decisión judicial, vinculadas a buscar las causas o motivos para tomar una decisión, los jueces tienen que justificar sus decisiones, tanto a nivel normativo (premisa normativa) como a nivel fáctico (premisa fáctica).

En ese marco, es evidente que, como anota Alfonso García, el término motivación parece no ser el más idóneo para designar la justificación de una sentencia; por cuanto motivar es expresar los motivos y éstos no son necesariamente razones justificatorias. El autor sostiene que un motivo parecer ser, en principio, la causa psicológica por la que una acción tiene lugar, citando al efecto un ejemplo muy esclarecedor: “(...) cabe decir que Otelo mató a Desdémona *motivado* (es decir, movido) por los celos, pero resulta extraño decir que Otelo quitó la vida a Desdémona justificado por los celos. Los celos explican la acción asesina de Otelo, por no la justifican”¹²⁵.

En ese sentido, a partir de la teoría de la argumentación jurídica, no interesan tanto los motivos del juez (que pueden estar fundados en razones psicológica, problemas personales, ideología, etc.) para dictar una sentencia, sino las razones jurídicas que fundamentan la sentencia. Esta distinción debe ser tomada muy en cuenta por las autoridades jurisdiccionales, quienes en todo momento y más allá de posiciones y problemas personales, son profesionales que realizan su trabajo justificando sus decisiones de la manera más ajustada a la Constitución¹²⁶ y, en ese sentido debe considerar que sus decisiones más que motivadas, deben estar justificadas jurídicamente.

¹²⁵ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, La motivación conceptos fundamentales en *La Argumentación en el Derecho*, op. cit. p. 144.

¹²⁶ Ibid., p. 151.

No obstante lo señalado debe recordarse que Atienza, como quedó señalado en el Tema 2, sostiene que las razones explicativas tienen un papel importante en la decisión; pues, una de las premisas de la decisión judicial tiene carácter empírico (premisa fáctica) por lo que para su establecimiento se necesita contar con razones explicativas, que se encuentran en el marco del contexto del descubrimiento; empero, también se concluyó que una vez explicado el hecho, son las razones justificativas las que valen en el ámbito del razonamiento jurídico.

Además de ello, como sostiene Marina Gascón, en el discurso fáctico, y concretamente en el discurso sobre la prueba, el descubrimiento es el *iter* intelectual que ha conducido al juez a formular como verdaderas, aserciones sobre hechos controvertidos, en tanto que la justificación hace referencia a las razones por las que dichas aserciones pueden entenderse como verdaderas; por ello, el contexto de descubrimiento no puede confundirse con el de justificación y, en ese ámbito, la motivación debe ser entendida como el conjunto de argumentos que permiten presentar dichas afirmaciones como verdaderas¹²⁷.

Lo señalado puede ser comprendido a través de un ejemplo que nos proporciona Marina Gascón: Un fantasma reveló a Hamlet que su padre no murió de muerte natural, sino que fue asesinado por el marido de su madre; sin embargo, ahora tiene que justificar dicha revelación; es decir, tiene que justificar la hipótesis que sostiene que el padre de Hamlet fue asesinado por el marido de su madre, y para hacer se apoya en las pruebas (p) existentes.

“p1: El marido de la madre de Hamlet tenía motivos para matar al padre de Hamlet (convertirse en rey de Dinamarca)

p.2: Ese hombre y madre se casaron apresuradamente.

p.3 El padre de Hamlet gozó siempre de buena salud”¹²⁸.

Conforme a ello, resulta indiferente la forma en que se le reveló el asesinato de su padre, siendo lo importante justificar la hipótesis planteada.

En síntesis, se puede señalar que la utilización del término de motivación, si bien no resultaría coherente con el contexto de justificación, es evidente que su uso extensivo, aún en el propio ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia, hace que se continúe utilizando dicho denominación -y también se la utilizará en este Tema;

¹²⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La prueba de los hechos”, en *La argumentación en el derecho*, op. cit. pág. 414.

¹²⁸ Ibid. 414

empero, deberá tenerse en cuenta el contenido preciso del término a partir del contexto de la justificación, conforme ha sido explicado en el presente texto.

a. La fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales como parte del derecho-garantía al debido proceso

Como se desarrolló con profundidad en anteriores módulos, el debido proceso comprende un conjunto de derechos que forman parte de su estándar mínimo; entre ellos se encuentra el derecho a la fundamentación y motivación de las resoluciones, partiendo de la idea de que en todo Estado constitucional, la motivación debida de las decisiones sean o no de carácter jurisdiccional, es un derecho fundamental que se constituye en una garantía fundamental en los supuestos en los cuales una decisión afecte uno o más derechos fundamentales. En ese orden, toda decisión que carezca de una fundamentación y motivación adecuada se constituye en una decisión arbitraria y, en consecuencia, contraria al orden constitucional.

Es en este marco, resultan arbitrarias las decisiones judiciales que sólo expresan una apreciación subjetiva de quien ejerce una competencia, aún la misma se encuentra legalmente establecida, o cuando el órgano que adopta la decisión no expresa las razones que la justifican.

En síntesis, es importante comprender que si bien en el paradigma jurídico tradicional la sentencia ha sido concebida como el resultado de un proceso lógico jurídico de naturaleza rigurosamente intelectual que va de la ley al caso concreto, y que tiene por finalidad demostrar a las partes, a los órganos jurisdiccionales superiores y a la sociedad que efectivamente se ha seguido ese proceso; en el nuevo paradigma proclamado por el Estado Constitucional la función de la fundamentación y motivación es una exigencia constitucional que tiene dos dimensiones:

- a. Una subjetiva, como elemento del derecho fundamental a un debido proceso, porque el justiciable tiene derecho a conocer las razones fácticas y jurídicas en virtud a las cuales el Juez decide el litigio con la finalidad de que se resguarden sus derechos y,
- b. Otra objetiva, por cuanto la fundamentación y motivación, como sustento de una sentencia objetiva y razonablemente justa, legitima democráticamente el ejercicio de la función del Juez, en razón que a través de dichas actividades debe mostrar que: i) El juicio de hecho es el correcto, al haber establecido en el proceso la verdad jurídica objetiva; ii) En el juicio de derecho ha establecido la voluntad objetiva de la norma, por medio de la interpretación correcta y de la argumentación adecuada; y iii) La vinculación del Juez a la Constitución, las leyes

y al derecho objetivo, en general, ha sido expresada y argumentada en la motivación de la sentencia¹²⁹.

De esta forma, a partir del Estado constitucional la motivación de las resoluciones ha ingresado a formar parte del núcleo duro de las garantías del debido proceso que buscan preservar la vigencia de los derechos fundamentales frente al poder estatal. Se trata, de un principio jurídico político que representa la posibilidad de control de una de las actividades estatales más importantes como es la actividad jurisdiccional, la cual puede ser fiscalizada no solo por las partes o los sujetos involucrados en un proceso, sino por la sociedad y la ciudadanía en general¹³⁰

b. Los estándares del sistema universal e interamericano sobre la fundamentación y motivación de las resoluciones

De una primera lectura tanto del art. 14 del PIDP como del art. 8 de la CADH se puede establecer que el deber de fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales no se encuentra incluido expresamente dentro de sus disposiciones. Sin embargo de ello, la Corte Interamericana jurisprudencialmente ha ampliado el contenido del artículo 8.1 de la CADH incorporando el deber de fundamentación y motivación como una garantía del debido proceso.

Así, la Corte Interamericana desarrolló el derecho a la fundamentación y motivación como parte del debido proceso en el Caso Yatama vs. Nicaragua, aun cuando en el supuesto analizado no se trataba de una decisión judicial, sino una resolución emitida por el órgano electoral. La Corte señaló que:

152. Las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, tal como el derecho a la participación política, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias¹³¹

Posteriormente la Corte desarrolló el derecho de fundamentación y motivación de las resoluciones en diversas ocasiones y vinculado a otros derechos, así en el Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, relacionó el derecho de motivación de las sentencias con el derecho de acceso a la información estableciendo que:

¹²⁹ ARAGÓN REYES Manuel, El control como elemento inseparable del concepto de Constitución; en: Revista Española de Derecho Constitucional, pág. 15.

¹³⁰ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto; Los Hechos en la sentencia penal, p. 114. El citado autor desarrolla la dimensión endoprocesal y extra procesal de la motivación.

¹³¹Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*, op. cit., párr. 152.

120. La Corte ha establecido que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias¹³².

En el caso señalado, la Corte concluyó que la debida fundamentación debería permitir: “conocer cuáles fueron los motivos y normas en que se basó determinada autoridad para no entregar parte de la información en el caso concreto y determinar si tal restricción era compatible con los parámetros dispuestos en la Convención”. Al no haber ocurrido ello, para la Corte: “dicha decisión fue arbitraria y no cumplió con la garantía de encontrarse debidamente fundamentada y protegida en el artículo 8.1 de la Convención”.¹³³

La Corte ha enfatizado también en el hecho de que son arbitrarias las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, tal como el derecho a la libertad personal, que no se encuentren debidamente fundamentadas¹³⁴; en este sentido para la Corte, cuando se trata de órdenes de prisión preventiva, la existencia de una debida motivación resulta fundamental para garantizar la restricción excepcional del derecho a la libertad personal, casos en los cuales la Corte ha relacionado la garantía de motivación con los arts. 7.3 y 8.2. de la CADH.

Finalmente la Corte ha señalado que la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión¹³⁵; habiendo precisado el alcance de esta garantía con los siguientes fundamentos: a) El deber de motivar es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática¹³⁶; b) La motivación demuestra a las partes que estas han sido oídas, que sus alegatos han sido tomados en cuenta y que el conjunto de pruebas ha sido analizado¹³⁷ y c) En aquellos casos en los que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad

¹³²Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, Sentencia del 19 de septiembre de 2006, (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 120. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf

¹³³ Op. cit. párrafo 122

¹³⁴Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, Sentencia del 22 de noviembre de 2005, (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 216. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf

¹³⁵Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») vs. Venezuela*, Sentencia del 5 de agosto de 2008, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 77.

¹³⁶Idem.

¹³⁷Ibid., párr. 78.

de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores¹³⁸.

c. Las exigencias de motivación en la jurisprudencia constitucional

En el ámbito interno la jurisprudencia constitucional, como señalamos anteriormente, estableció que la motivación y fundamentación de las resoluciones se constituyen en parte integrante del debido proceso, previsto en los arts. 115 y 117 de la CPE. Así la SC 112/2010-R de 10 de mayo reiterada por la SCP 1471/2012 de 24 de septiembre, SCP 487/2014 de 25 de febrero, entre otras, señaló que:

La garantía del debido proceso comprende entre uno de sus elementos la exigencia de motivación de las resoluciones, lo que significa que toda autoridad que conozca de un reclamo, solicitud, o que dicte una resolución dictaminando una situación jurídica debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual también es necesario que exponga los hechos establecidos, si la problemática lo exige, de manera que el justiciable al momento de conocer la decisión del juzgador lea y comprenda la misma, pues la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma dejará pleno convencimiento a las partes de que se actuado no solo de acuerdo a las normas sustantivos y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcialidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no había otra manera de dilucidar los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió y al contrario cuando aquella motivación no existe y se emite únicamente la conclusión a la que ha arribado el juzgador son razonables las dudas del justiciable en sentido de que los hechos no fueron juzgados de acuerdo a los principios y valores supremos, vale decir no se le convence que ha actuado con apego a la justicia, y finalmente la motivación no implicará la exposición ampulosa de consideraciones y citas legales sino que exige una estructura de forma y de fondo.

La adecuada motivación y fundamentación de las resoluciones se encuentra íntimamente vinculada con la valoración de la prueba y la interpretación de la legalidad ordinaria, actividades sobre las cuales el Tribunal ha sostenido que corresponden privativamente a la jurisdicción ordinaria y no así a la justicia constitucional, salvo que en el primer caso, es decir valoración de la prueba, “a) exista apartamiento de los marcos legales de razonabilidad y equidad previsibles para decidir” o “b. cuando se haya omitido arbitrariamente valorar la prueba y su lógica consecuencia sea la lesión de derechos fundamentales y garantías constitucionales”, como lo entendió la SC965/2006-R de 2 de octubre, reiterada por el actual Tribunal Constitucional

¹³⁸Idem.

Plurinacional en numerosas sentencias, entre otras, SCP 0612/2012 de 1 de octubre y SCP 0647/2012 de 2 de agosto.

Con relación a la interpretación de la legalidad ordinaria, es posible su revisión por la justicia constitucional cuando en dicha interpretación se hubieran quebrantado los principios, valores, derechos y garantías constitucionales, es decir cuando no se hubiera efectuado una interpretación desde y conforme a la Constitución Política del Estado. (SSCC 1846/2004-R, 1917/2004-R, 0085/2006-R, reiteradas por el actual Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 0659/2012 de 2 de agosto, SCP 0832/2012 de 20 de agosto, entre otras).

Para ambos casos, es decir, valoración de la prueba e interpretación de la legalidad ordinaria la jurisprudencia constitucional exigía que el accionante explicara las razones por las cuales consideraba que se efectuó una arbitraria valoración de la prueba o una interpretación lesiva a los principios, valores derechos y garantías constitucionales y sí dicha fundamentación estaba ausente el Tribunal denegaba la tutela por falta de carga argumentativa; sin embargo dicho entendimiento ha sido cambiado expresamente en la SCP 410/2013 de 27 de marzo que señaló que el incumplimiento de la carga argumentativa exigida por la jurisprudencia anterior bajo ninguna circunstancia se constituye en un argumento para denegar la tutela en virtud a que corresponde al Tribunal, como guardián de la Constitución Política del Estado, analizar si efectivamente en la valoración de la prueba y en la interpretación de la legalidad ordinaria existió lesión a derechos y garantías constitucionales.

Finalmente, es preciso citar a la SCP 2221/2012 de 8 de noviembre, complementada por la SCP 100/2013, pronunciadas dentro de una acción de amparo constitucional en la que se denunció la falta de motivación de una Sentencia Disciplinaria que dispuso la suspensión del ejercicio de sus funciones por ocho meses. El Tribunal Constitucional Plurinacional, en la indicada Sentencia, desarrolló el contenido esencial del derecho a una resolución fundamentada y motivada, conforme a los siguientes argumentos:

En ese marco, se tiene que el contenido esencial del derecho a una resolución fundamentada y motivada (judicial, administrativa, o cualesquier otra, expresada en una resolución en general, sentencia, auto, etc.) que resuelva un conflicto o una pretensión está dado por sus finalidades implícitas, las que contrastadas con la resolución en cuestión, dará lugar a la verificación de su respeto y eficacia. Estas son: (1) El sometimiento manifiesto a la Constitución, conformada por: 1.a) La Constitución formal; es decir, el texto escrito; y, 1.b) Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que forman el bloque de constitucionalidad; así como a la ley, traducido en la observancia del principio de constitucionalidad y del principio de legalidad; (2) Lograr

el convencimiento de las partes que la resolución en cuestión no es arbitraria, sino por el contrario, observa: El valor justicia, los principios de interdicción de la arbitrariedad, de razonabilidad y de congruencia; (3) Garantizar la posibilidad de control de la resolución en cuestión por los tribunales superiores que conozcan los correspondientes recursos o medios de impugnación; y, (4) Permitir el control de la actividad jurisdiccional o la actividad decisoria de todo órgano o persona, sea de carácter público o privado por parte de la opinión pública.

En síntesis tanto en el Sistema Interamericano como a nivel interno la motivación es parte inherente del debido proceso y tiene como principal finalidad el proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que la Constitución y las leyes establecen, otorgando de esta manera credibilidad sobre las decisiones jurídicas en el marco del Estado Constitucional.

Marina Gascón Abellán, refiriéndose a las *funciones de la motivación de los hechos*¹³⁹, que es acorde a lo entendido por la jurisprudencia constitucional contenida en la SCP 2221/2012 de 8 de noviembre, afirma:

“Si el sentido de la motivación es evitar el ejercicio arbitrario de un poder (el instaurado por la libre valoración de la prueba) que se reconoce más o menos discrecional, dos son las principales funciones que cumple la motivación, una extraprocesal o político-jurídica o democrática, por cuanto vinculada al control no procesal o interno sino democrático o externo de la decisión, y otra endoprocesal o técnico-jurídica o burocrática, por cuanto vinculada al control procesal o interno de la decisión.

La *función extraprocesal* que cumple la motivación consiste en mostrar el esfuerzo realizado por el juez en el juicio de hecho, posibilitando de este modo un control externo o público. La motivación, en efecto, tiene una dimensión pedagógica, de «explicación» de la racionalidad de la decisión, y constituye así una garantía de publicidad que se conecta con la exigencia de un control democrático y de responsabilización externa de la función judicial. Pero además, y en la medida en que se pretende explicar la racionalidad de la decisión, la motivación quiere ser persuasiva de su bondad o corrección. Se trata, pues, de una función respecto del pueblo en general y de las partes en el proceso en particular, a quienes el razonamiento podría convencer de la corrección de la sentencia, alimentando así su confianza en la justicia. (...) no es suficiente que el juez esté convencido del acierto de su valoración, sino que «es preciso además que se encuentre en situación de hacer partícipe de su convicción al pueblo»; y en particular parece que a través de la motivación el juez debería convencer, como mínimo, a las partes, sobre todo a la que se sienta perjudicada con el fallo. (...).

Pero la motivación desempeña también una segunda *función endoprocesal* no menos importante que la primera y que puede considerarse su complemento: facilitar el control

¹³⁹ Gascón, pp. 178-180.

interno de las decisiones judiciales, garantizando así que la exigencia de actuación racional del poder pueda hacerse efectiva y no quede en una mera proclamación de buenas intenciones. (...). Se trata, pues, de una función respecto de los tribunales superiores (tanto los de apelación como los de casación), que sin duda resolverán con mayor acierto los recursos si conocen las razones del juicio de hecho. Pero se trata también de una función respecto de las partes implicadas en el proceso, sobre todo la perjudicada por el fallo, a la que el conocimiento de esas razones facilitaría su eventual impugnación.(...).

Por último, aparte de las dos funciones anteriores, que en rigor pueden considerarse complementarias en la garantía frente a la arbitrariedad, la motivación desempeña también una tercera e importantísima *función respecto del propio juez*, quien, a sabiendas de que tiene que motivar, estaría en mejores condiciones de descubrir errores de su razonamiento que pudieran haberle pasado desapercibidos; es decir, es muy posible que la conciencia de tener que motivar «condicione la formulación de la decisión sometiéndola a controles racionales y jurídicos». De alguna manera esta función viene a levantar acta de las relaciones existentes entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación: el descubrimiento de una hipótesis no tiene por qué ser el campo de la pura emotividad o de la inventiva; en el descubrimiento de una hipótesis pueden aparecer sin duda elementos de irracionalidad o de emotividad, pero están (o pueden estar) también presentes elementos de aceptación o validación de la misma, pues no parece lógico pensar que si puede justificarse una decisión se haya adoptado ésta prescindiendo por completo de las razones que constituyen esa justificación. Por eso no resulta descabellado pensar que la exigencia de motivar «retroactúe» sobre el propio iter de adopción de la decisión reforzando su racionalidad; es decir, provocando la expulsión de los elementos de convicción no susceptibles de justificación; propiciando, en fin, que la adopción de la decisión se efectúe conforme a criterios aptos para ser comunicados, en detrimento de la «corazonada», que resultará más difícil de justificar”. (El resaltado nos pertenece)

4.3. Los componentes básicos de la motivación de la premisa fáctica: La técnica analítica

a. El Código Procesal Penal

El Código Procesal Penal establece exigencias de justificación de la hipótesis sobre los hechos probados en la decisión judicial o, lo que es lo mismo, justificación de la valoración judicial de la prueba, que debe ser comprendida desde dos perspectivas: La primera como la exigencia de motivación de los hechos en las sentencias penales (tribunales de sentencia o de juicio oral, los tribunales de apelación y casación y la función de control que ejercen estos últimos, sobre los primeros) y, la segunda, como el control sobre la valoración de la prueba que realiza la justicia constitucional, a través de la acción de amparo constitucional y la acción de libertad.

- art. 124.- (Fundamentación). Las sentencias y autos interlocutorios serán fundamentados. Expresarán los **motivos de hecho** y de derecho en que basan sus decisiones y el **valor otorgado a los medios de prueba**. La fundamentación no

podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes.

- art. 173.- (Valoración). El juez o tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones por las cuales les otorga determinado valor, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida.
- art. 370.- (Defectos de la sentencia). Los defectos de la sentencia que habilitan la apelación restringida, serán los siguientes: “6. Que la sentencia se base en hechos inexistentes o no acreditados o en valoración defectuosa de la prueba”.

De las normas procesales transcritas es posible concluir que el Código Procesal Penal acoge el modelo de justificación denominado “analítico” o “técnica analítica”, toda vez que cuando el art. 173 del CPP exige al juez o tribunal que asigne “...el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba con aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones por las cuales les otorga determinado valor”; en lo que se refiere a la motivación de los hechos probados está diciendo que le es exigible al juzgador motivar cada una de las pruebas producidas, incluso aquéllas que se hubieren desestimado, explicitando las razones jurídicas para hacerlo, señalando el o los medios de prueba mediante los cuales se da por acreditados cada uno de los hechos por probados (arts. 124 y 173 del CPP).

Asimismo, cuando la última parte del art. 173 del CPP exige al juez o tribunal justificar la valoración de la prueba “...en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida” se adhiere a la “técnica del relato, holista o globalizador, empero, después de haber usado la técnica analítica”, toda vez que exige no sólo una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, el valor probatorio que les asigna y las razones que lo sustentan, esto es, una justificación de la valoración singularizada de las pruebas estimadas y de las pruebas desestimadas, que comprenda la justificación lineal de la hipótesis fáctica acogida, sino también la justificación de la confrontación de las hipótesis desechadas, justificación que refleje adecuadamente la relación de los enunciados que declaran hechos probados respecto del conjunto de elementos de juicio representado por todas las pruebas admitidas y practicadas en el proceso. La justificación de la valoración conjunta y global de la prueba, que corresponde al modelo “holista o globalizador” o la “técnica del relato”, que se caracteriza por la declaración como probados de ciertos hechos que se integran en una “narración coherente”; está

acorde a las exigencias del Código Procesal Penal, siempre que primero se hubiere utilizado en la justificación, la técnica analítica.

b. El Código Procesal Civil

El Código Procesal Civil establece exigencias de justificación de la hipótesis sobre los hechos probados en la decisión judicial o, lo que es lo mismo, justificación de la valoración judicial de la prueba, que debe ser comprendida desde dos perspectivas: La primera como la exigencia de motivación de los hechos en las sentencias civiles y, la segunda, como el control sobre la valoración de la prueba que realiza la justicia constitucional, a través de la acción de amparo constitucional.

- art. 213. (Sentencia).”II. La sentencia contendrá: 3. **La parte motiva con estudio de los hechos probados y en su caso los no probados, evaluación de la prueba, y cita de las leyes en que se funda, bajo pena de nulidad.** Esta parte, para el caso de fundarse en jurisprudencia ordinaria o constitucional, se limitará a precisar de manera objetiva las razones jurídicas del precedente, sin necesidad de hacer una transcripción del fallo que oscurezca la fundamentación”.
- art. 145 (Valoración de la prueba). “I. La autoridad judicial al momento de pronunciar la resolución tendrá la obligación de considerar **todas y cada una de las pruebas producidas, individualizando cuales le ayudaron a formar convicción y cuales fueron desestimadas, fundamentando su criterio.** II.**Las pruebas se apreciarán en conjunto tomando en cuenta la individualidad de cada una de las producidas** y de acuerdo con las reglas de la sana crítica o prudente criterio, salvo que la Ley disponga expresamente una regla de apreciación distinta. III. En la valoración de los medios de prueba, la autoridad judicial, apreciará las mismas tomando en cuenta la realidad cultural en la cual se ha generado el medio probatorio”.(el resaltado nos pertenece)

El Código Procesal Civil, también acoge el modelo de justificación denominado “analítico” o “técnica analítica”, por cuanto el art. 145 del CPC exige al juez o tribunal al momento de pronunciar la resolución la obligación de considerar “todas y cada una de las pruebas producidas, individualizando cuáles le ayudaron a formar convicción y cuales fueron desestimadas, fundamentando su criterio”; entonces, le es exigible al juzgador motivar cada una de las pruebas producidas, incluso aquéllas que se hubieren desestimado y rechazado, explicitando las razones jurídicas para hacerlo, conforme dispone el art. 142 del CPC, rechazo de la prueba que tiene que ser justificada conforme a los arts. 213 y 145 del CPC.

Asimismo, cuando el párrafo II del art. 145 del CPC, señala : II.Las pruebas se apreciarán en conjunto tomando en cuenta la individualidad de cada una de las producidas y de acuerdo con las reglas de la sana crítica o prudente criterio, salvo que

la Ley disponga expresamente una regla de apreciación distinta”, se adhiere a la “técnica del relato, holista o globalizador, empero, después de haber usado la técnica analítica”, toda vez que exige no sólo una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, el valor probatorio que les asigna y las razones que lo sustentan, esto es, una justificación de la valoración singularizada de las pruebas estimadas y de las pruebas desestimadas, que comprenda la justificación lineal de la hipótesis fáctica acogida, sino también la justificación de la confrontación de las hipótesis desechadas, justificación que refleje adecuadamente la relación de los enunciados que declaran hechos probados respecto del conjunto de elementos de juicio representado por todas las pruebas admitidas y practicadas en el proceso. La justificación de la valoración conjunta y global de la prueba, que corresponde al modelo “holista o globalizador” o la “técnica del relato”, que se caracteriza por la declaración como probados de ciertos hechos que se integran en una “narración coherente”; está acorde a las exigencias del Código Procesal Civil, siempre que primero se hubiere utilizado en la justificación, la técnica analítica.

Por su parte, también la «apreciación conjunta de la prueba» en el proceso civil, que es en realidad la excusa que el Tribunal Supremo ha encontrado para quitar valor probatorio privilegiado a los documentos aportados al proceso y a la confesión en juicio, ha producido resultados perversos para la motivación: «si el juez puede apreciar libremente la prueba con fundamento en la apreciación conjunta de los medios probatorios, no debe extrañar que entre el exceso de trabajo que pesa sobre los juzgados se posibilite una declaración genérica de hechos probados, sin razonar los motivos ni fuentes mediante los cuales la prueba se ha conseguido, con lo que en definitiva se deteriora el resultado de la prueba» (SERRA DOMÍNGUEZ, 1984: 582) 29. La práctica de la valoración conjunta no es, pues, al final, sino un subterfugio «formal» que hace pasar por discurso justificatorio lo que no lo es en absoluto; un expediente, en fin, que propicia y encubre la ausencia de motivación.

a.1 Algunos casos de la práctica forense civil que prescinden total o parcialmente la necesidad de probar y, por ende de motivar los hechos

En la práctica forense civil -advierte Gascón Abellán- hay una fuerte tendencia a reducir el ámbito de lo que necesita ser motivado: unas veces excusando directamente la necesidad de probar (y por tanto de motivar) determinados hechos, encontrándose en este caso los **hechos notorios y los hechos admitidos**; otras veces aliviando (hasta casi anular) las exigencias de motivación de ciertas pruebas, como sucede en el caso de las **constataciones** y la habitualmente llamada **prueba directa**¹⁴⁰.

- art. 137.(Exención de la prueba). No requieren prueba: 1. Los **hechos admitidos** por la parte adversa, salvo las limitaciones señaladas por Ley; 2. Los **hechos**

¹⁴⁰ GASCÓN, ob. cit. p. 180

notorios, conocidos por la generalidad de las personas, salvo que constituyan el fundamento de la pretensión y no sean admitidos por las partes; 3. Los hechos evidentes cuya existencia se acredite por sí misma; 4. Las presunciones establecidas por la Ley”.

a.1.1. La exención de prueba y, por ende de motivación sobre los “hechos admitidos” por la parte adversa.

Son hechos admitidos aquellos que, alegados por una parte, son admitidos por la contraria. La exención de prueba y, por ende de motivación sobre los hechos admitidos en el proceso civil, no plantea especiales problemas, por cuanto esta exención deriva de que la propia institucionalización del proceso civil deja a la disposición de las partes la fijación de los hechos, de manera que en el ámbito de ese proceso sólo exigen prueba, y consecuentemente justificación, los hechos controvertidos o no admitidos. En pocas palabras, la cuestión de hecho sólo alcanza aquí a aquello que es objeto de controversia¹⁴¹, atendiendo además el principio de economía procesal.

El art. 137 del CPC, establece que los hechos admitidos por la parte adversa, están exonerados de prueba y por ende de motivación, “salvo las limitaciones señaladas por Ley”. Se refiere que no entran en esta categoría los hechos admitidos tácitamente, por ejemplo producto de la declaración de rebeldía, caso en el cual, el juez solo presumirá por ciertos los hechos, conforme dispone el art. 364 del CPC, que señala: “III. La rebeldía de la parte demandada generará en su contra una presunción simple, respecto a los hechos alegados por el actor en tanto no fueren contradichos”. Ocurriendo lo mismo en el supuesto de no contestación de la demanda o cuando se responde con evasivas o negativas meramente genéricas, casos en los cuales al subsistir la controversia sobre los hechos, subsiste la obligación de motivar.

a.1.2. La exención de prueba y, por ende de motivación sobre los “hechos notorios”

El art. 137 del CPC, sobre la exención de la prueba, señala que no requieren prueba: “2. Los hechos notorios, conocidos por la generalidad de las personas (...)”.

Los hechos notorios, son entendidos como aquellos hechos conocidos -o que pueden ser conocidos- por todos, y en consecuencia también por el juez, por ejemplo, el hecho de una inundación, de una epidemia, de un terremoto, de la ruptura de una presa, de un accidente aéreo, de una huelga, etc. La “notoriedad” no es lo mismo que el “conocimiento privado del juez”, pues “notorios” son aquellos hechos cuya existencia, aun no habiendo sido percibida por el juez directamente, está plenamente acreditada y es “de dominio público”. Por ejemplo, “es notorio el hecho de un gran desastre nacional o internacional (una inundación, un terremoto) de que se han ocupado los periódicos, haya sido tema general de conversación y repercutido extensamente; no es notoria, sin más, la granizada que destruyó la cosecha del

¹⁴¹ GASCÓN, *Ibíd.* p. 182

demandante, aunque el juez posea una finca contigua y sufriera la misma consecuencia. Es notorio el hecho de la guerra, no que el litigante fuera movilizadopor causa de ella, aunque el juez lo sepa por su vecino. No es notorio el hecho de la muerte de una persona, aunque el juez, como particular, velara el cadáver y asistiera al entierro”¹⁴² .

La notoriedad relevante tiene, pues, una dimensión pública o colectiva: no es notoriedad para el juez, sino para el colectivo en general. De ahí que no requieran de prueba y, por ende de motivación, siendo suficiente su simple manifestación: no hay ninguna necesidad de probar (ni justificar) lo que es públicamente conocido, toda vez que probar los hechos notorios es “perder el tiempo del tribunal”¹⁴³ .

Ahora bien, el art. 137 del CPC, sobre la exención de la prueba, señala que no requieren prueba: “2. Los hechos notorios, conocidos por la generalidad de las personas, salvo que constituyan el fundamento de la pretensión y no sean admitidos por las partes”. Esta salvedad, visibiliza que “notoriedad y verdad” son cosas diferentes, aunque tendencialmente tiendan a coincidir, parece claro que también los hechos notorios deben probarse cuando exista duda sobre su existencia (y, derivadamente, sobre su notoriedad)¹⁴⁴, supuesto en el cual permanece la obligación del juez de probar (y justificar) por cuanto si existe duda de lo que es públicamente conocido y precisamente en esa duda se funda la pretensión de la parte no opera tal exención de probar ni justificar.

a.1.3. La exención de prueba y, por ende de motivación sobre los “hechos evidentes”

Desde el punto de vista procesal, es uniforme la doctrina que sostiene que están fuera del objeto de la prueba y, por ende de motivación, los hechos evidentes. A nadie, decía Couture, se le exigiría probar, por ejemplo, el hecho de que hayan llegado primero a sus sentidos los efectos de la luz que los efectos del sonido. No hace falta prueba, dice Eisner, para justificar que de noche los objetos son menos visibles que de día. El hecho evidente, es aquel que surge de la mera percepción sensorial (hecho evidente en sentido estricto) o, eventualmente, de axiomas absolutos, de valor científico incuestionable (hecho evidente en sentido lato), lleva en sí la propia virtud demostrativa; él tiene por resultado producir necesariamente, y casi espontáneamente, el sentimiento de certeza.

Al respecto, conforme nos referimos anteriormente, las pruebas científicas también tienen que pasar por un *procedimiento de verificación*. Las premisas pueden verse afectadas en su confiabilidad por el método científico utilizado o, el nivel de conocimiento y destreza de los profesionales que auxilien al juez, la calidad de los

¹⁴² Ibídem. La autoridad, cita los ejemplos que propone GÓMEZ ORBANEJA, 1976:303).

¹⁴³ GASCÓN, Ibídem, p. 91 y ss.

¹⁴⁴ Ob. cit.



laboratorios en que se realicen determinadas comprobaciones, etc. En ese orden, la fiabilidad de los resultados de una prueba científica dependerá de: **i) su validez científica**, medida por la validez científica del método usado, es decir, que dicho método tenga un alto grado de aceptación por la comunidad científica y que no admita discusión; **ii) su corrección técnica**, referida a la corrección de todo el proceso de la prueba, como es por ejemplo qué laboratorio realizó la prueba, quién tomó la prueba de sangre, en qué objeto estaba depositada. Incluso, siguiendo este estándar de valoración de la prueba científica, el grado de conocimiento que proporcionan es sólo el de probabilidad, por más alta que está pueda ser. **De donde resulta que las pruebas científicas no están exentas de motivación y por lo mismo, no son hechos evidentes.**

UNIDAD DIDÁCTICA 5:

EL CARÁCTER INSTITUCIONALIZADO DE LA PRUEBA JUDICIAL

5.1. Delimitación del objeto de estudio en este tema

El juicio de hecho es una actividad que tanto en el *contexto del descubrimiento* (en el momento que el juez toma la decisión de una hipótesis de los hechos probados, es decir, de la valoración de la prueba¹⁴⁵) como en el *contexto de la justificación* (cuando el juzgador justifica la decisión de los hechos probados o la valoración de la prueba que realizó) **no es libre**, sino que **la actividad probatoria se desarrolla en un marco institucionalizado de reglas, las que constituyen límites de la prueba judicial**, que supone que hay pruebas que no deben ser atendidas o conocimientos extraprocesales que no deben ser tomados en consideración y el juez debe entonces adoptar su decisión sobre los hechos “como si” no conociese esos datos¹⁴⁶.

En ese orden, en este tema estudiaremos esos límites a la prueba judicial a partir de un análisis crítico desde la Constitución, por cuanto algunas reglas procesales o límites probatorios en nada contribuyen a la averiguación de la verdad y por el contrario la dificultan o entorpecen, en razón a que no son otra cosa que un cúmulo de formalidades, ritos y liturgias¹⁴⁷, especialmente si las contrastamos con el principio constitucional de verdad material previsto en el art. 180 de la CPE. En cambio, los límites fundados en la protección de derechos y garantías, no sólo contribuyen a la averiguación de la verdad, sino que garantizan la calidad del conocimiento de los hechos.

¹⁴⁵ Recuérdese que el contexto del descubrimiento en el tema probatorio que se visualiza en la práctica judicial, tiene dos momentos: i) formulación o sugerencia de una hipótesis, que se da en la mayoría de los casos, cuando el juez cuenta ya con una hipótesis de partida -hipótesis sobre los hechos- (o incluso con más de una): la planteada por la parte actora en el proceso civil o por la acusación en el proceso penal o, formulada a partir de la creatividad, intuiciones, etc. del juzgador; y, ii) momento de la decisión de una hipótesis de los hechos probados, es decir, de la valoración de la prueba.

¹⁴⁶ GASCÓN, Op cit.p.26.

¹⁴⁷ Ibíd, p. 110.

CUADRO SOBRE LOS LÍMITES A LA ACTIVIDAD PROBATORIA.



5.2. Reglas o limitaciones a la prueba judicial

Las reglas o limitaciones a la prueba judicial que gobiernan el procedimiento de prueba y que hacen de la averiguación de la verdad una tarea reglada y no (o no completamente) libre son de muy variado tipo¹⁴⁸, y pueden clasificarse de diferente manera. Excedería el objeto de estudio de este tema analizar exhaustivamente todas las limitaciones probatorias contenidas en reglas que vienen de larga data del Derecho procesal en general y del Derecho Procesal en cada materia en particular (penal, civil, laboral, etc.). De ahí que se realizarán consideraciones razonadas que permitan al juez valorar en cada caso particular si esos límites probatorios están o no conforme a la Constitución.

Una primera consideración es comprender que en nuestro modelo de Estado, la prueba judicial está regida por el principio de verdad material (art. 180 de la CPE), y en ese sentido la búsqueda de la verdad es una garantía que tienen las partes frente al juez - de la pluralidad de jurisdicciones- quien debe dar concreción a este principio constitucional contrastándolo con todo tipo de reglas legales procesales que constituyan un límite probatorio, más aún si estas reglas son meras formalidades procesales que lo

¹⁴⁸ Ibídem, p. 107

único que hacen es obstruir la averiguación de la verdad de los hechos, en cuyo caso tiene que flexibilizarlas.

El juez también debe considerar que tiene que hacer coexistir en armonía la búsqueda de la verdad regida bajo el principio de verdad material que resguarda esencialmente el derecho a la defensa y el derecho a probar, con la protección de otros valores, principios, derechos y garantías constitucionales, que se configuren como verdaderos límites probatorios, como son los que sustentan el instituto jurídico de la prueba ilícita y a la cual nos referimos más adelante.

En ese sentido están la SCP 1662/2012 y, en especial la SCP 28/2015 que resaltan la coexistencia armónica que debe existir entre el principio de verdad material y esa búsqueda de la verdad por encima de mecanismos formales o procesales, con la búsqueda de la justicia y el respeto a los derechos fundamentales y garantías constitucionales y la obligación de una correcta admisión, producción y valoración de los medios probatorios durante el proceso, cuya medida de valoración de dicha corrección en el procedimiento probatorio, no es otro que el respeto de tales derechos, por lo mismo, tal corrección no puede estar basada en la sacralización de las formas y reglas procesales.

Desde esta perspectiva crítica analizaremos a continuación las reglas o limitaciones a la prueba judicial.

5.2.1. Límites de la actividad probatoria fundados en la protección de otros derechos fundamentales y garantías constitucionales.

Los límites a la prueba judicial fundados en la protección de otros derechos fundamentales y garantías constitucionales son limitaciones probatorias que tienen la naturaleza de encaminarse a proteger conjunta y simultáneamente con la averiguación de la verdad -que es un valor básico y práctico del proceso para la resolución de un conflicto regido en nuestro sistema por el principio de verdad material (art. 180 de la CPE) que resguarda esencialmente el derecho a la defensa y el derecho a probar- otros derechos y garantías constitucionales, particularmente la libertad y la dignidad de las personas, debido a que “la verdad no puede ser obtenida a cualquier precio”¹⁴⁹.

¹⁴⁹ GASCÓN, Op cit. p. 107. Refiere: “...si la averiguación de la verdad fuera el único valor a perseguir no habría, en principio, gran diferencia con el modelo del historiador o el del detective. Sin embargo esto no es así: entre el modelo judicial y los modelos mencionados hay un importante rasgo distintivo. Sin hacer comparaciones particularizadas con cada uno de estos modelos, puede decirse que lo que singulariza al modelo judicial de fijación de los hechos es la necesidad de cohonestar el objetivo principal de «búsqueda de la verdad» con la «garantía de otros valores», lo que eventualmente puede mermar la consecución de aquel objetivo. En efecto, a diferencia del conocimiento científico, histórico o detectivesco, donde la actividad de averiguación de la verdad puede reputarse sin grave esfuerzo como

Un ejemplo paradigmático en este caso es la prueba ilícitamente adquirida, es decir, la que se obtenga con vulneración a garantías constitucionales, como escuchas telefónicas ilegales, entradas y registros domiciliarios ilegales, declaración del imputado sin haber sido informado de sus derechos, presiones a los testigos, etc., dado que en ese orden, se violan las garantías y derechos al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad de domicilio, al debido proceso y derecho a la defensa, a la integridad física y/o psicológica¹⁵⁰; casos en los cuales el derecho a probar se ve limitado -no anulado- legítimamente en la necesidad de preservar esos otros derechos y garantías. Nótese que el legislador al configurar la prueba ilícita realizó la labor de ponderación de derechos al existir un conflicto entre valores, principios, derechos y garantías de igual valor.

La configuración de la prueba ilícitamente obtenida garantiza la calidad de la prueba judicial y del conocimiento de los hechos probados, por cuanto al proteger los derechos fundamentales y garantías constitucionales respecto de fuentes y medios de prueba, como por ejemplo la prohibición de la tortura, no solo se hace eso (respetar derechos) sino que se evita la obtención de una verdad torcida.

De ahí que en la actividad judicial de búsqueda de la verdad a través de la prueba judicial regida por el principio de verdad material, debe preservarse otros valores, derechos fundamentales y garantías constitucionales que se consideran merecedores de protección, no sólo en el proceso penal, donde la ideología garantista se impone con fuerza exigiendo que en la averiguación de la verdad se protejan principalmente la libertad y la dignidad de las personas regulando prohibiciones de prueba, como la prueba ilícitamente obtenida y la presunción de inocencia, sino también en otras materias, dado que la Constitución -donde se consagran dichas garantías- es una norma jurídica fundacional de un único sistema jurídico plural, en la medida de su efectividad para dotar de validez y unidad a la pluralidad de normas y jurisdicciones que lo integran, de aquí los límites probatorios que nacen del respeto a los derechos y garantías es aplicable a todas las materias (penal, civil, familiar, etc.) y en todas las jurisdicciones.

➤ **Jurisprudencia constitucional sobre sobre la inviolabilidad de conversaciones o comunicaciones privadas**

«libre», la fijación judicial de los hechos tiene que perseguir su objetivo —la formulación de aserciones verdaderas— teniendo en cuenta al mismo tiempo la necesidad de preservar otros valores. Estos valores son fundamentalmente de dos tipos. De un lado, un valor que podríamos llamar *práctico*, por cuanto expresa una característica básica del proceso judicial: la finalidad práctica, y no teórica, que lo anima. De otro lado, una serie de valores que podríamos llamar, en sentido amplio, *ideológicos*”.

¹⁵⁰ GASCÓN, p.17 y ss.

- La **SC 0004/1999 de 10 de septiembre**, declaró la inconstitucional de la frase “salvo disposición judicial a favor de autoridad competente” contenida en el art. 37 de la Ley de Telecomunicaciones, 1632 de 5 de julio de 1995.

“a) Que, el texto del Art. 37 de la Ley 1632 de 5 de julio de 1995, contiene una permisión legal para que en virtud a una orden judicial otorgada en favor de autoridad competente, se pueda interceptar, interferir y desviar comunicaciones privadas, cuando textualmente expresa: "Artículo 37°.- INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES.- Los servicios de telecomunicaciones son declarados de utilidad pública. Salvo disposición judicial en favor de autoridad competente, queda terminantemente prohibido interceptar, interferir, obstruir, alterar, desviar, utilizar, publicar o divulgar el contenido de las telecomunicaciones”.

b) Que, el Art. 20 de la Constitución Política del Estado, en forma textual consagra:

I. Son inviolables la correspondencia y los papeles privados, los cuales no podrán ser incautados sino en los casos determinados por las leyes y en virtud de orden escrita y motivada de autoridad competente. No producen efecto legal los documentos privados que fueren violados o sustraídos.

II. Ni la autoridad pública, ni persona, ni organismo alguno podrán interceptar conversaciones y comunicaciones privadas mediante instalación que las controle o centralice.

III.3 Que si bien no todos los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política del Estado son de carácter irrestricto, es el mismo orden constitucional el que se encarga de establecer las limitaciones cuando ellas proceden, como el caso del derecho de locomoción, (Arts. 10 y 11 de la C.P.E.). Lo propio ocurre con el derecho a la libertad (Art. 9.I C.P.E.), lo que no ocurre con la inviolabilidad de las comunicaciones.

III.4 Consecuentemente, con el reconocimiento constitucional contenido en el Art. 20. II citado, se preserva los derechos a la intimidad de todas las personas evitando actos arbitrarios que violen la privacidad y la reserva, independientemente de que su revelación puede o no acarrearle perjuicios, sin ninguna excepción, restricción o limitación, por no estar estas previstas en la propia Constitución *Política del Estado*”.

- La **SC 0362/01 de 23 de abril**, pronuncia en un recurso de habeas corpus (acción de libertad), en un interpretación de los arts. 301 del CP , que expresa que incurrirá en el delito la violación de secretos en correspondencia no destinada a la publicidad “**el que grabare las palabras de otro no destinadas al público, sin su consentimiento, o el que mediante procedimientos técnicos escuchare manifestaciones privadas que no le estén dirigidas ... siempre que el hecho pudiere ocasionar algún perjuicio, será sancionado con privación de libertad de tres meses a un año**” y lo dispuesto en el art. 355 del CPP, que dispone que **no surten ningún efecto legal** las cartas y otros papeles privados que han sido violados o sustraídos, **ni las grabaciones clandestinas de conversaciones o comunicaciones privadas;** desde el contenido constitucional previsto en el art.

20.II de la CPE anterior, señaló que establece: **“Ni la autoridad pública, ni persona u organismo alguno podrán interceptar conversaciones y comunicaciones privadas mediante instalación que las controle o centralice”**, entendió que:

“(...) el Juez recurrido al tomar como base para la dictación del Auto Inicial de la Instrucción contra Renato Luiggi Bellota Gonzáles y Asunción Stael Larrea, una grabación magnetofónica obtenida sin consentimiento y negada por los imputados ahora recurrentes, a quienes no se convocó en momento alguno para el reconocimiento de las voces allí registradas, ha admitido como válida una supuesta prueba cuyo origen y forma de obtención es ilegal e ilícita, conculcando así la garantía del debido proceso que exige que nadie sea privado, judicial o administrativamente, de sus derechos fundamentales sin que se cumplan ciertos procedimientos establecidos por Ley; en consecuencia, no puede abrirse causa penal en consideración a una cinta magnetofónica lograda por medios ilícitos”.

- La **SC 0720/2003-R, de 28 de mayo**, estableció que el requerimiento fiscal de reporte de las llamadas de ingreso y de salida de la línea telefónica del celular, a una empresa de telefonía celular, se constituye en prueba ilegal, que lesiona la inviolabilidad de conversaciones o comunicaciones privadas.

“III.1 En el caso de autos, la recurrente plantea el presente recurso extraordinario expresando que la Fiscal de Materia demandada, en ejercicio de la dirección funcional de la investigación a que está sometido su defendido Yerko Garafulic, **ha vulnerado en su condición de abogada patrocinante sus derechos al secreto profesional e inviolabilidad y al de intimidad.** En este sentido, el art. 9 LA establece que el abogado en ejercicio, es inviolable por las opiniones que emita en sus defensas o alegatos ante las autoridades, no pudiendo por ellas ser molestado, perseguido, detenido ni procesado, inviolabilidad que está íntimamente relacionada con el secreto profesional que se traduce en que el abogado tiene el derecho y a la vez la obligación de no revelar lo confiado por su cliente con relación a las circunstancias que rodean el hecho por el que se lo incrimina o en su caso por el que demanda.

III.2 El derecho a la intimidad, si bien no se encuentra expresamente enunciado en la Constitución, sin embargo su reconocimiento fluye del contenido del art. 20, parágrafo II al declarar que **“ni la autoridad pública, ni persona u organismo alguno podrán interceptar conversaciones y comunicaciones privadas mediante instalación que las controle o centralice”.** Así lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal en su SC 004/99 de 10 de septiembre al señalar que **“con el reconocimiento constitucional contenido en el art. 20.II citado, se preserva los derechos a la intimidad de todas las personas evitando actos arbitrarios que violen la privacidad y la reserva, independientemente de que su revelación puede o no acarrearle perjuicios, sin ninguna excepción, restricción o**

limitación, por no estar éstas previstas en la propia Constitución Política del Estado”.

III.3 Asimismo, si bien es cierto que **no se ha demostrado que se hubieran vulnerado por la Fiscal demandada el derecho al secreto profesional y a la inviolabilidad, en cambio dicha autoridad en su labor investigativa solicitó el reporte de las llamadas de ingreso y de salida de la línea telefónica del celular que resultó ser de la recurrente, desconociendo que era de ella.** Cabe advertir que la facultad que le otorgan los arts. 14.3), 45.1) y 2) de la Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP) y arts. 21 y 297 del Código de Procedimiento Penal de 1999 (CPP) para ejercer la acción penal pública y la dirección funcional en la investigación de los delitos, no es discrecional, pues el art. 71 CPP **establece la ilegalidad de la prueba** que es obtenida en violación a la Constitución Política del Estado, Convenciones y Tratados internacionales vigentes, está obligado, en consecuencia, al cumplimiento de las garantías constitucionales y las reconocidas por las Convenciones y Tratados vigentes.

III.4 En el caso de autos la autoridad demandada vulneró estas garantías afectando al derecho a la intimidad de la recurrente, hecho que lo corrobora en su informe de fs. 43 vta. a 44, al admitir equivocadamente que daba cumplimiento a sus facultades de investigación, siendo así que, según se ha explicado, ellas tienen limitaciones legales y constitucionales, de manera que se justifica otorgar la tutela reclamada”.

- La SCP 0523/2011, de 25 de abril, **sobre la inviolabilidad de conversaciones o comunicaciones privadas y el procedimiento de apertura y examen**, señala en el marco de lo dispuesto en el art. 20 de la CPE¹⁵¹ y la SC 0004/1999¹⁵² de 10 de septiembre, declaró inconstitucional el art. 37 de la Ley de Telecomunicaciones, entendió que:

“(…) tanto en el orden constitucional abrogado como vigente, la inviolabilidad de las conversaciones y comunicaciones privadas está referida a que ninguna autoridad pública, persona u organismo puede interceptar conversaciones o comunicaciones privadas **mediante instalación que las controle o centralice**, por lo que la protección constitucional que se brinda en este aspecto, presupone

¹⁵¹ El art. 20 de la CPE, señala: “I. Son inviolables la correspondencia y los papeles privados, los cuales no podrán ser incautados sino en los casos determinados por las leyes y en virtud de orden escrita y motivada de autoridad competente. No producen efecto legal los documentos privados que fueren violados o sustraídos. II. **Ni la autoridad pública, ni persona, ni organismo alguno podrán interceptar conversaciones y comunicaciones privadas mediante instalación que las controle o centralice.**”

¹⁵² La SC 0004/1999 de 10 de septiembre, entendió que: “Que, el texto del Art. 37 de la Ley 1632 de 5 de julio de 1995, contiene una **permisión legal para que en virtud a una orden judicial otorgada en favor de autoridad competente, se pueda interceptar, interferir y desviar comunicaciones privadas, cuando textualmente expresa: “Artículo 37º.- INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES.- Los servicios de telecomunicaciones son declarados de utilidad pública. Salvo disposición judicial en favor de autoridad competente, queda terminantemente prohibido interceptar, interferir, obstruir, alterar, desviar, utilizar, publicar o divulgar el contenido de las telecomunicaciones”.**”

la concurrencia de dos condiciones: a) Por una parte, que se trate de telecomunicaciones, es decir, que se trate de comunicación o conversación a distancia efectuada entre personas por cualquier sistema de comunicación sin necesidad de trasladarse del lugar donde se encuentran; y b) Por otra, **que sea un tercero ajeno a esa comunicación o conversación el que intercepte o penetre su contenido por cualquier medio. De ahí la protección constitucional de las comunicaciones privadas no puede ser invocada u opuesta respecto a uno de los sujetos que participa en la comunicación.**

De donde resulta que la inviolabilidad de conversaciones o comunicaciones privadas no puede oponerse frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida, por cuanto la protección está dirigida a la interceptación de conversaciones y comunicaciones privadas ajenas. De ahí que la citada SCP 0523/2011, concluye: “(...) en la legislación boliviana la protección constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones se restringe a aquellos casos en los que las telecomunicaciones sean interceptadas o centralizadas en su contenido por cualquier medio por un tercero ajeno a ellas”; y a partir de esa comprensión, señala que:

“(...) el delito previsto en el art 301 del CP¹⁵³, bajo el nomen iuris de violación de secretos en correspondencia no destinada a la publicidad, protege la inviolabilidad del secreto, siempre y cuando éste afecte la intimidad de las personas, bajo cuyo ámbito -por cuestiones de simple lógica jurídica- no se encuentra obviamente la comisión de hechos delictivos, así debe considerarse también que, de conformidad al art 197 del CPP, la única protección del deber de secreto está referida al oficio o profesión de quien escucha el secreto, que además tiene que estar legalmente establecido.

Ahora bien, nuevamente en el marco del análisis de la protección constitucional de las comunicaciones efectuado previamente, también es necesario referirse a dos aspectos: Por una parte a las normas del Código de Procedimiento Penal que regulan la entrega o secuestro de objetos y documentos; por otra, a **las que norman incautación de correspondencia, documentos y papeles, así como la apertura y examen de los mismos.**

De una interpretación sistemática de estas normas (arts. 184, 185 y 186 del CPP) se evidencia que la entrega o secuestro de objetos y documentos se debe efectuar en los primeros actos de la investigación y, salvo casos de emergencia, se desarrolla bajo la dirección del fiscal, pues de acuerdo a lo dispuesto por el art.

¹⁵³ El art. 301 del CP, bajo el *nomen iuris* de violación de secretos en correspondencia no destinada a la publicidad señala: “...El que grabare las palabras de otro no destinadas al público, sin su consentimiento, o el que mediante procedimientos técnicos escuchare manifestaciones privadas que no le estén dirigidas, o el que hiciere lo mismo con papeles privados o con una correspondencia epistolar o telegráfica aunque le hubieren sido dirigidos, siempre que el hecho pueda ocasionar algún perjuicio, será sancionado con privación de libertad de tres meses a un año...”.

186 del CPP se rige por el procedimiento previsto por el art. 174 del mismo cuerpo legal para el registro.

Del contenido de las normas citadas previamente (art. 190 y 191 del CPP), se aprecia que el **procedimiento de incautación de correspondencia, documentos y papeles, así como de apertura y examen de los mismos tiene como característica principal la jurisdiccionalidad**, pues solamente puede ordenarse por el juez o tribunal a través de resolución fundamentada; particularidad en virtud a la cual se diferencia de la entrega o secuestro de objetos y documentos por dos aspectos: i) Se desarrolla en un momento procesal diferente, pues la entrega o secuestro se efectúa en el marco de las primeras actuaciones, en cambio la incautación en un momento posterior, cuando ya cumplidos esos actos preliminares en el curso de la investigación se toma conocimiento de la existencia de documentos, correspondencia u otros que pueden ser útiles para la investigación; y ii) Derivado de aquello, la entrega o secuestro se desarrolla bajo la dirección del Fiscal, en cambio la incautación en virtud a orden judicial motivada.

No obstante de esa diferencia, debe recalcar que en el caso de documentos u otros, tanto la entrega y secuestro, como la incautación convergen en el procedimiento previsto para su apertura y examen, pues a fin de determinar si tienen o no relación con la investigación o el proceso se debe cumplir las previsiones del art. 191 del CPP.

Finalmente, se debe señalar que la interpretación de las normas del Código de Procedimiento Penal que se ha efectuado, **es aplicable a las grabaciones efectuadas por uno de los participantes de una conversación en virtud al art. 174 de ese cuerpo legal que en lo pertinente establece que además de los medios de prueba que prevé, pueden utilizarse otros y que su incorporación se sujetará al previsto para un medio análogo**".

A. Límites probatorios en el contexto del descubrimiento

Recuérdese que anteriormente resaltamos que también en el *contexto del descubrimiento*, es decir, en el momento que el juez toma la decisión de una hipótesis de los hechos probados, es decir, de la valoración de la prueba, deben observarse las limitaciones probatorias fundadas en la protección de derechos fundamentales y garantías constitucionales. El ejemplo que se utilizó en el Tema 2, reconstruido sería así:

A través de una escucha telefónica ilegal se conoció que (*Contexto del descubrimiento*) el padre de Hamlet no murió de muerte natural, sino que fue asesinado por el marido de su madre (*hipótesis*).

Nótese que la forma en que se conoce los hechos: "escucha telefónica ilegal" (contexto del descubrimiento), si bien es una prueba disponible y que puede otorgar información, empero, está excluida del carácter institucionalizado de la prueba judicial fundada en la protección de otros derechos fundamentales (vulneración a la garantía del secreto de las comunicaciones); por lo mismo, no debe ser atendida ni tomada en consideración por el juez al momento de la decisión de una hipótesis de los hechos probados y, en ese

sentido deberá formular su hipótesis de otra manera, “como si” no conociese esos datos; porque luego no podrá justificar esa hipótesis, esto es, no podrá exteriorizarla en la motivación de su decisión judicial, incorporando esa “fuente de prueba” -por ser ilegal- como “medio de prueba” en el juicio de hecho.

Debe tomarse en cuenta que el descubrimiento de la hipótesis está guiado por sus expectativas de verificación. En otras palabras, **el descubrimiento no es estrictamente independiente de la justificación**. Cabría hablar pues de una **lógica (o racionalidad) del descubrimiento**, entendiendo por ella el cumplimiento, en la formulación de hipótesis, de los estándares de aceptabilidad de las mismas. Es decir, en el ámbito de la prueba, no es posible realizar una separación tajante entre descubrir y justificar porque resulta incomprensible cómo el juez que es capaz de sostener con razones la verdad de una afirmación haya podido “descubrir” la misma al margen por completo de esas razones, además, el juez que hace una afirmación, luego, está constreñido a justificarla a motivarla.

De ahí que si bien se señaló anteriormente que en el planteamiento de la hipótesis resulta indiferente la forma en que se le reveló a Hamlet el asesinato de su padre, es decir, la forma como se conocieron los hechos, como se “descubrió” ese hecho (por un fantasma o, por medio de una escucha telefónica ilegal) siendo lo importante justificar la hipótesis planteada: “el padre de Hamlet fue asesinado por el marido de su madre”; sin embargo, como se analizó, el descubrimiento de la hipótesis no sólo debe ser racional -a través de razonamientos lógicos estudiados en el Tema 3- sino además cumplir con los estándares de aceptabilidad, observando las limitaciones probatorias, es decir, su carácter institucional y no libre, porque luego tendrá que ser justificada.

Como se estudió en el Tema 3, un elemento que refuerza la justificación interna del procedimiento probatorio, que afirma que una determinada hipótesis sobre los hechos está probada excluyendo las otras hipótesis, es la confrontación entre hipótesis planteadas donde deben anotarse las razones justificatorias por las que se ha elegido una hipótesis y se ha abandonado la rival (es lo que se denomina el requisito de la mayor probabilidad que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos, dentro del procedimiento probatorio inductivo). De ahí, la importancia de respetar las limitaciones probatorias también en el contexto del descubrimiento, en este caso, fundadas en la protección de derechos fundamentales y garantías constitucionales, caso contrario, no existirán hipótesis válidas que confrontar, debilitando la justificación de la hipótesis probada.

B. Límites probatorios en el contexto de la justificación

Continuando con el mismo ejemplo, para justificar la hipótesis que sostiene que el padre de Hamlet fue asesinado por el marido de su madre, el juez debe apoyarse en las pruebas existentes, las que también están sujetas a limitaciones probatorias y reglas institucionales fundadas en los valores, derechos y garantías, por ejemplo:

p1: El marido de la madre de Hamlet tenía motivos para matar al padre de Hamlet (convertirse en rey de Dinamarca), de acuerdo a la declaración del imputado sin haber sido informado de sus derechos	Vulneración al derecho a la defensa
p.2: Ese hombre y madre se casaron apresuradamente, de acuerdo al certificado de matrimonio religioso obtenido en entradas y registros domiciliarios ilegales.	Vulneración a la garantía de inviolabilidad de domicilio
p.3 El padre de Hamlet gozó siempre de buena salud” ¹⁵⁴ .	

C. Distinción y conexitud entre “fuentes” de prueba (contexto del descubrimiento) y “medios” de prueba (contexto de la justificación)

El Derecho Procesal se ha encargado de realizar una distinción teórica y práctica entre fuentes de prueba y medios de prueba, señalando por ejemplo que las fuentes de prueba pueden tener un carácter racional o irracional, jurídico o extrajurídico y los medios de prueba no; sin embargo, la distinción más importante es que las **fuentes de prueba** se ubican en un plano previo y ajeno al proceso judicial o, lo que es lo mismo, extrajudicial (contexto del descubrimiento) y los **medios de prueba** se instalan en el contexto del juicio, o intraprocesal (contexto de la justificación). También supone comprender que desde el punto de vista de la práctica judicial **en un caso concreto el juez tendrá que resolver, cuáles fuentes de prueba pueden ser incorporadas a un juicio como medios de prueba relevantes y jurídicamente admisibles**¹⁵⁵.

Ejemplo 1: Una “Fuente de prueba” que puede ser incorporada al juicio de hecho como “medio de prueba”.

¹⁵⁴ Ibid. 414

¹⁵⁵ Claudio Meneses Pacheco. Fuentes de Prueba y Medios de prueba en el proceso civil. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000200003

Un testigo -que puede haber presenciado el hecho-X reveló a otra persona Y que (FUENTE DE PRUEBA o contexto del descubrimiento) el padre de Hamlet no murió de muerte natural, sino que fue asesinado por el marido de su madre (hipótesis)

Esta (FUENTE DE PRUEBA) que son, tanto el testigo y su conocimiento, puede ser incorporada al juicio de hecho como (MEDIO DE PRUEBA) a través de una **declaración judicial.**

Ejemplo 2: Una “Fuente de prueba” que NO puede ser incorporada al juicio de hecho como “medio de prueba”.

A través de una escucha telefónica ilegal se conoció que (FUENTE DE PRUEBA o, contexto del descubrimiento) el padre de Hamlet no murió de muerte natural, sino que fue asesinado por el marido de su madre (hipótesis).

Esta (FUENTE DE PRUEBA) puede ser útil, empero, al ser ilícita por vulnerar una garantía constitucional (garantía del secreto de las comunicaciones), no puede ser incorporada al juicio de hecho como (MEDIO DE PRUEBA).

En ese orden, sólo puede considerarse como medio de prueba a todos los elementos que se basen en fuentes probatorias que respeten los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

D. La prueba ilícita y la regla de exclusión probatoria en materia penal

La teoría de la prueba ilícita -señala MIRANDA ESTRAMPES- es quizás una de las materias más complejas en el campo de la dogmática procesal, pero a la vez es una de las más apasionantes pues presenta unas claras implicaciones y connotaciones

constitucionales¹⁵⁶. Con este advertido, en este acápite se esbozarán únicamente algunos criterios sin pretender abarcar todo el estudio de la prueba ilícita y la regla de exclusión probatoria en materia penal y sus excepciones desarrolladas especialmente a partir de construcciones jurisprudenciales, dada la exhaustividad que ello supondría.

Como ya se señaló, por **prueba ilícita debe entenderse aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales, siendo este único supuesto en el que se aplica la regla de exclusión probatoria**, toda vez que tratándose de prueba irregular -la que infringe la normativa procesal, empero no lesiona derechos fundamentales - únicamente se aplica el régimen de nulidad de los actos procesales, admitiéndose, en determinados casos, su subsanación y/o convalidación¹⁵⁷. Dicho esto, es claro que la prueba ilícitamente obtenida tiene como consecuencia la prohibición de su admisión y de valoración en el proceso, aplicándose la regla de exclusión probatoria.

La eficacia de la regla de exclusión probatoria, ha sido complementada con la doctrina de los frutos del árbol envenenado cuya fuente es la jurisprudencia norteamericana, que señala: “la exclusión alcanza no sólo a la prueba originaria practicada ilícitamente, sino también a todas aquellas pruebas (derivadas) que aunque han sido obtenidas ilícitamente, esto es, constitucionalmente, tienen su origen en informaciones o datos obtenidos como consecuencia de la actuación ilícita inicial”¹⁵⁸.

En Bolivia, la regla de exclusión probatoria en materia pena está prevista en el art. 172 del CPP que dispone: “Carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulneren derechos y garantías consagradas en la Constitución Política del Estado, en las Convenciones y Tratados internacionales vigentes, este Código y otras leyes de la República, así como la prueba obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito. Tampoco tendrán eficacia probatoria los medios de prueba incorporados al proceso sin observar las formalidades previstas en este Código” y el art. 13 del CPP, que sobre la legalidad de la prueba señala: “Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por medios lícitos e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de la Constitución Política del Estado y de este Código. No tendrá valor la prueba obtenida mediante torturas, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños o violación de los derechos fundamentales de las personas, ni la obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito”.

¹⁵⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones*. Disponible en: <file:///C:/Users/Ruben/Downloads/194215-260507-1-PB.pdf>

¹⁵⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *Ob.cit.*

¹⁵⁸ *Ibíd.*

La jurisprudencia constitucional y la del Tribunal Supremo de Justicia sobre la prueba ilícita y la regla de exclusión probatoria ha seguido un camino que no es claro ni unificado y de ahí que resulta necesario construir líneas jurisprudenciales, que permitan conocer cuál es la posición de los tribunales de cierre sobre este tema, que den cuenta al operador jurídico, especialmente al juez cuales son los cauces jurisprudenciales y procesales que debe seguir. De manera descriptiva -sin pretensión de construcción de líneas jurisprudenciales- algunas de estas sentencias son:

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional	Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia
<ul style="list-style-type: none"> ▪ SC 0406/2007-R, de 16 de mayo¹⁵⁹ ▪ SCP 1949/2013-R, de 4 de noviembre¹⁶⁰ 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ AS N° 20/2009, de 6 de febrero de 2009¹⁶²

¹⁵⁹ La SC 0406/2007-R, de 16 de mayo “...la regla de exclusión probatoria lo encontramos en la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional, que señala: “...(...) la exclusión probatoria tiene como fundamento el hecho de que el otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito”.

¹⁶⁰ La SCP 1949/2013 “...toda prueba obtenida con violación de garantías fundamentales es nula y debe ser excluida del proceso, constituyéndose la regla de la exclusión probatoria en una auténtica protección de los derechos fundamentales; por lo que, el proceso penal debe ser sustentado sólo en base a los medios de prueba permitidos por ley, que sean lícitos, incorporados en base a las formalidades legales y que no vulneren derechos fundamentales ni garantías constitucionales en perjuicio del imputado; caso contrario, cuando lesionen derechos constitucionalmente establecidos, o se quebrante el procedimiento legal en su obtención, no pueden fundar una eventual responsabilidad penal debiendo ser apartadas del proceso”. En esa interpretación la SCP 1943/2013, “Concede la acción de amparo por lesión al derecho a la motivación de las resoluciones con relación a la exclusión probatoria presentada; no se resolvió en forma individual cada exclusión probatoriapropuesta, explicando los motivos irrefutables para su rechazo”. Disponible en: <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/fichaResultado/10273>.

¹⁶² El AS N° 20/2009, de 6 de febrero de 2009, Expediente: Chuquisaca 3/07, señaló: “Que una objeción apreciada como válida por el Tribunal de Sentencia y que por ello originó exclusión, fue la concerniente a la prueba identificada con el número 15 consistente en un bolsón de color café con figuras a cuadros (fojas 88), por no haberse acreditado la ilícita obtención de ese objeto por parte de los investigadores. Sobre esa base, cuando el Ministerio Público presentó un envoltorio marcado como prueba 17 (fojas 93) que fue encontrado dentro del mencionado bolsón, se excluyó igualmente dicho envoltorio señalando que, al no haberse dado a tal bolsón el carácter de prueba, no atribuir valor probatorio a nada de lo hallado en él. Que la sentencia condenatoria surgió de la apreciación de otras pruebas consistentes en las substancias descubiertas en la requisita personal que se hizo en el cuerpo de las imputadas (fojas 89 y 91 vuelta) y en la operación denominada “narco-test” (fojas 89 vuelta), razón por la cual puede apreciarse que, si durante la sustanciación del juicio oral y público el Tribunal de Sentencia admitió que se excluyan pruebas obtenidas ilícitamente, tal exclusión no quita valor a otras pruebas cuya legalidad resultó indudable. Que el recurso que es caso de autos fue presentado con sujeción a los requisitos establecidos para el efecto por el artículo 417 del Código de Procedimiento Penal”. “POR TANTO: la Sala Penal Segunda de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ejercicio de sus atribuciones, dando aplicación a la disposición contenida en el artículo 418 del Código de Procedimiento Penal, declara ADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público impugnando el Auto de Vista emitido el 11 de diciembre de 2006 por la Sala Penal de la Corte Superior del Distrito Judicial de Chuquisaca en el proceso penal

- SCP 0596/2012-R, de 20 de julio¹⁶¹

- **La exclusión probatoria durante la etapa preparatoria**

El Tribunal Constitucional en la SC 0406/2007-R de 16 de mayo, señaló lo siguiente:

"Precisada la finalidad de la etapa preparatoria, y a partir del criterio de que la misma de ningún modo tiene carácter probatorio, corresponde analizar si durante la etapa investigativa, el juez de instrucción en ejercicio de la competencia reconocida por el art. 54 incs. 1) y 2) del CPP, puede resolver un incidente de exclusión probatoria. El análisis debe partir del art. 167 del CPP que señala que no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución Política del Estado, Convenciones y Tratados Internacionales vigentes y el Código de Procedimiento Penal, salvo que el defecto pueda ser subsanado o convalidado; disposición, que se halla vinculada con el principio de libertad probatoria reconocido por el art. 171 del CPP que señala: 'El juez admitirá como medios de prueba todos los elementos lícitos de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado (...)', queda claro, que en un Estado de Derecho, como el caso de Bolivia, este principio de ningún modo es absoluto, pues en consideración a la necesidad de resguardar los derechos fundamentales y mantener la integridad de la administración de justicia, no puede concebirse que la investigación de la verdad se desarrolle bajo cualquier condición; al contrario, a fin de proteger a quien se halla sometido a un proceso

seguido contra Nylían Roxana Vega Machaca y Luz Delia Mamani Mamani con imputación por comisión del delito de tráfico ilícito de sustancias controladas...".

¹⁶¹ La SCP 0596/2012-R, denegó la acción de amparo constitucional por subsidiariedad, por cuanto dentro del juicio oral y contradictorio la accionante no invocó el art. 172 del CPP, respecto a la exclusión probatoria. La accionante denunció en el amparo que la autoridad fiscal realizó allanamiento, decomisando medicamentos y clausurando su farmacia, siendo los mismos ilegales, puesto, que no contaba con la orden de la autoridad judicial para el fin señalado y la jueza cautelar no se pronunció respecto al ilegal allanamiento efectuado en su domicilio, además de declararse incompetente en el referido trámite penal, en razón de la conversión de la acción autorizada por el Fiscal de Distrito. La SCP 0596/2012, dijo: FJ.III.2. "... dentro del juicio oral y contradictorio la accionante bien pudo invocar el art. 172 del CPP, respecto a la exclusión probatoria, argumentando que supuestamente éstas carecerían de eficacia probatoria, al haber sido obtenida en virtud a la información originada en un procedimiento o medio ilícito, además de no tener eficacia probatoria los medios de prueba incorporados al proceso sin observar las formalidades en el Código de Procedimiento Penal, así como el art. 173 del mismo cuerpo legal, que con relación a la valoración determina que el juez o tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando las razones por las cuales les otorga determinado valor, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida. De lo que se infiere que la accionante dentro del juicio oral, cuenta con el medio idóneo para hacer valer sus derechos y solicitar que éstos sean restituidos.

frente a las instituciones, es necesario que la Fiscalía y los Tribunales de justicia actúen conforme a las reglas establecidas en las normas legales.

Por ese motivo, el art. 172 del CPP, establece: 'Carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulneren derechos y garantías consagradas en la Constitución Política del Estado, en las Convenciones y Tratados Internacionales vigentes, este Código y otras leyes de la república, así como la prueba obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito'. La disposición continúa: 'Tampoco tendrán eficacia probatoria los medios de prueba incorporados al proceso sin observar las formalidades previstas en este Código'. Además, es menester señalar, que la exclusión probatoria tiene como fundamento el hecho de que el otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito.

Efectuadas esas consideraciones doctrinales y normativas, partimos del ejemplo de que durante la investigación preliminar se procedió al allanamiento de un domicilio sin ninguna orden judicial y se procedió al secuestro de algunos instrumentos vinculados al delito; a partir de ese supuesto, se tiene que durante la etapa preparatoria, el juez de instrucción, puede encontrarse en situaciones en las que debe adoptar una decisión en base a los fundamentos y elementos ofrecidos por las partes; así, el fiscal solicita la aplicación de una detención preventiva argumentando la concurrencia del requisito previsto por el art. 233 inc. 1) del CPP, ofreciendo los objetos secuestrados, o en su caso solicita la aplicación del procedimiento abreviado, con similar ofrecimiento a efectos de acreditar la existencia del hecho; como quiera que el juez de instrucción debe adoptar una decisión, en ambas situaciones, está en la obligación de velar que el secuestro de los objetos -si fueron ofrecidos en la audiencia cautelar o junto al requerimiento de aplicación de la salida alternativa- no se haya originado en actos contrarios en las normas legales, en cumplimiento del art. 167 del CPP; esto implica, que **la única oportunidad en la que el juez de instrucción puede considerar la legalidad o ilegalidad de un acto relativo a la recolección de elementos, es cuando deba fundar su decisión en él.**

En los demás casos, si el imputado considera que algún elemento ha sido recolectado durante la investigación, en forma contraria a sus derechos y garantías o a las formas previstas por ley, cuyo resultado pueda fundar una acusación fiscal o particular, deberá ser observada a través del incidente de exclusión probatoria, cuando se pretenda su judicialización o incorporación en el juicio oral y público, teniendo en cuenta que es el juicio donde se realiza efectivamente la actividad probatoria de las partes; de modo, que será el juez o el tribunal de sentencia según su competencia, el que resuelva ese incidente. Siguiendo el ejemplo planteado, en el caso de que los objetos secuestrados no hayan sido ofrecidos para sostener la solicitud de detención preventiva, el imputado no podrá oponer aisladamente su exclusión probatoria durante la investigación, sino deberá esperar la etapa del juicio, siempre y cuando hayan sido ofrecidos en la acusación y se pretenda su introducción a juicio".

Luego, la SCP 0523/2011, de 25 de abril, entendió que:

“(...) se concluye entonces que el juez de instrucción de oficio en el marco del art. 54.1 del CPP o a instancia de parte, cuando esta promueva incidente de exclusión probatoria al amparo del art. 172 del mismo cuerpo legal, únicamente puede considerar la legalidad o ilegalidad de un acto relativo a la recolección de elementos cuando deba fundar alguna decisión en él”.

5.2.2. Otros límites de la actividad probatoria que se fundan en ritualidades y formalidades procesales

La actividad probatoria también encuentra otros límites, que no están sustentados en el respeto a los derechos fundamentales y garantías constitucional, sino que se fundan en ritualidades y formalidades, como ocurre por ejemplo con **las reglas de limitación temporal** que se encuentran en leyes procesales en las diferentes materias, que enmarcan el conocimiento judicial de los hechos y establecen el tiempo en que han de ser probados.

Es decir, es importante que el juez al momento de resolver un caso, distinga que **no todas las reglas sobre límites de la actividad probatoria contenidas en las leyes procesales son garantías de derechos fundamentales y garantías constitucionales**, sino que por el contrario son un cúmulo de formalidades, ritos y liturgias que contravienen el principio de verdad material contenido en el art. 180 de la CPE, obstaculizando la averiguación de la verdad.

Al respecto, el Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de su jurisprudencia ha señalado que el principio orientador, también aplicable a la valoración de la prueba judicial es el **principio de prevalencia del derecho sustancial respecto al formal**, toda vez que con su aplicación se resguarda el derecho de acceso a la justicia y la justicia material que derivan de las características de los derechos fundamentales y de los criterios constitucionalizados de interpretación y se conectan con los principios de celeridad y no formalismo.

El **principio de prevalencia del derecho sustancial respecto al formal**, conforme lo entendió la SC 0897/2011 de 6 de junio.

“(...) se desprende del valor-principio justicia, que es uno de los pilares fundamentales del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, que se encuentra consagrado por el art. 8.II de la CPE, pues en mérito a éste los ciudadanos tienen derecho a la justicia material. Así se ha plasmado en el art. 180.I de la CPE que ha consagrado como uno de los principios de la justicia ordinaria el de ‘verdad material’, debiendo enfatizarse que ese principio se hace extensivo a todas las jurisdicciones, también a la justicia constitucional. De este modo se debe entender que la garantía del debido proceso, con la que especialmente se vincula el derecho formal, no ha sido instituida para salvaguardar un ritualismo procesal estéril que no es un fin en sí mismo, sino

esencialmente para salvaguardar un orden justo que no es posible cuando, pese a la evidente lesión de derechos, prima la forma al fondo, pues a través del procedimiento se pretende lograr una finalidad más alta cual es la tutela efectiva de los derechos”.

El principio de prevalencia del derecho sustancial respecto al formal se vincula con el principio de verdad material, conforme lo entendió la SCP 1662/2012 de 1 de octubre, al sostener:

“(...) el principio de verdad material consagrado por la propia Constitución Política del Estado, corresponde ser aplicado a todos los ámbitos del derecho; en ese orden, debe impregnar completamente la función de impartir justicia. Por ende, no es posible admitir la exigencia de extremados ritualismos o formalismos, que eclipsen o impidan su materialización, dado que todo ciudadano tiene derecho a una justicia material, como se desprende de lo estipulado por el art. 1 de la CPE, por lo que, debe garantizarse que las decisiones de las autoridades jurisdiccionales a cargo del proceso, sean producto de apreciaciones jurídicas, procurando la resolución de fondo de las problemáticas sometidas a su jurisdicción y competencia; pues si bien, las normas adjetivas prevén métodos y formas que aseguren el derecho a la igualdad de las partes procesales, para garantizar la paz social evitando cualquier tipo de desorden o caos jurídico; sin embargo, los mecanismos previstos no pueden ser aplicados por encima de los deberes constitucionales, como es la de otorgar efectiva protección de los derechos constitucionales y legales, accediendo a una justicia material y por lo tanto, verdaderamente eficaz y eficiente. Todo ello con el objetivo final de que el derecho sustancial prevalezca sobre cualquier regla procesal que no sea estrictamente indispensable para resolver el fondo del caso sometido a conocimiento del juez”.

Bajo esos principios y fundamentos, **la justicia constitucional**, entendió que: **1)** No obstante que el art. 97.V de la Ley del Tribunal Constitucional establece que sólo es posible la presentación de prueba en la fase de admisibilidad de la acción de amparo constitucional, sin embargo, es posible la presentación de prueba sobreviniente en la fase de revisión ante el Tribunal Constitucional (SCP 505/2005-R). Luego, la SCP 0173/2012 moduló este entendimiento inicial en el marco de los requisitos de admisibilidad establecidos por la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (Ley 027) y de manera expresa y acorde con el principio de progresividad desarrolló los supuestos en los cuales puede presentarse prueba sobreviniente ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, estableciendo que en acciones de amparo constitucional, las partes procesales pueden presentar prueba ante este órgano jurisdiccional en los siguientes casos: i) Cuando por razones justificadas la prueba no pudo ser presentada oportunamente ante juezas, jueces o tribunales de garantía; ii) Cuando se tenga nueva prueba; y, iii) En el caso de vías de hecho cuando la prueba demuestre que las lesiones denunciadas, además de persistir, continúan suscitándose a través de otras acciones de similar naturaleza; **2)** La presentación de pruebas en actos vinculados a medidas o vías de hecho, puede ser en cualquier etapa del proceso constitucional de amparo, ya sea después de la audiencia pública o inclusive ante el Tribunal Constitucional Plurinacional (SCP 998/2012).



Consecuentemente, las **reglas sobre límites de la actividad probatoria temporales en la justicia constitucional**, que han sido interpretadas en aplicación de los principios de verdad material, **principio de prevalencia del derecho sustancial respecto al formal**, el derecho de acceso a la justicia y la justicia material, el principio de celeridad y no formalismo, de la misma manera, pueden ser interpretadas en las otras materias, procesos y procedimientos, cuando se advierta reglas procesales sobre oportunidad, prueba de reciente obtención, término, en la presentación, producción de prueba, etc., que contravengan estos principios.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *El Canon Neoconstitucional*, Miguel Carbonbell, Leonado García Jarajamillo, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Palestra Editores, Lima, 2007.
- ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, 5, 1988. Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto; Los Hechos en la sentencia penal, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 12, 1992. Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/acerca-de-la-motivacin-de-los-hechos-en-la-sentencia-penal-0/>
- ARAGÓN REYES Manuel, “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79346>
- ATIENZA, Manuel, “El Derecho como argumentación”. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1695/4.pdf>.
- ATIENZA, Manuel, *Derecho y Argumentación jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2001.
- ATIENZA Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- ATIENZA Manuel, *Argumentación y Constitución*. Disponible en: http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf
- ATIENZA Manuel, Para una razonable definición de lo razonable, en *Doxa*, 1987, N° 4, disponible en: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10909/1/Doxa4_13.pdf.
- BALAGUER CASTEJON, M.L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997.
- BECCARIA, Cesar, *Tratado de los delitos y las Penas*, Imprenta De Albán, Madrid, 1822. Versión digital disponible: http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080097388/1080097388_MA.PDF
- CARRASCO PERERA, Angel, El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4, N° 11, 1984. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=249823>
- CASTRO GÓMEZ, Santiago, *La poscolonialidad explicada a los niños*, Editorial Universidad del Cauca, Instituto Pensar, Universidad Javeriana, 2005, p. 58.
- COUTURE, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1997.
- CORDÓN AGUILAR Julio César, Motivación Judicial: Exigencia Constitucional, *Info Corte de Constitucionalidad*, Guatemala, octubre 2012. Año 2, N° 6. Disponible en: <http://www.cc.gob.gt/DocumentosCC/InfoCC/Octubre2012.pdf>
- ESTERMANN, Jose, *Filosofía Andina*, Instituto Superior Ecuménico Andino de Teología, La Paz, 2009.

- EZQUIAGA Francisco Javier, Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/isonomia-revista-de-teoria-y-filosofia-del-derecho-3/html/p0000006.htm>
- FERRAJOLI Luigi, *Pasado y futuro del estado de derecho*. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>.
- GARCIA AMADO Jorge, Teorías de la tónica jurídica, Madrid, Civitas, 1988.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 20^a ed., Editorial Porrúa, S.A., Argentina, 1977.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La Argumentación en el Derecho*, Editorial Palestra, Lima, 2005
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Los hechos en el derecho*, Editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2010
- GUASTINNI, Ricardo, “Constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso Italiano”, en *Neoconstitucionalismo (s)*, Editorial Trotta, Madrid, 2002..
- GONZÁLES CASTILLO, Joel, “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, *Scielo, Revista Chilena de Derecho*. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100006.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*. 9^a ed. Ed. Porrúa, 1992. Libro XI.
- NIETO GARCIA, Alejandro, *El arte de hacer sentencias o Teoría de la Resolución Judicial*. Madrid, Universidad Complutense, 1998.
- NIEVA FENOLL, J., La valoración de la prueba, Madrid, 2010.
- PÉREZ JARABA, María Dolores, “Principios y reglas: Examen del debate entre R. Dworwin y H.L.A. Hart”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 10/2010 (Segunda Época), ISSN 1576-124X. Universidad de Jaén (España) Versión electrónica: rej.ujaen.es.
- PRIETO SANCHIS, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *Derechos fundamentales neoconstitucionalismo y ponderación judicial* Luis Palestra Editores, Lima, 2002.
- PRIETO SANCHIS, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.
- TALAVERA, Pedro, “Interpretación y Argumentación Jurídica”, *Revista Boliviana de Derecho*, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, 2008.
- TARUFFO Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México DF., 2006. Disponible en: www.trife.gob.mx/sites/default/files/publicaciones/file/motivacion.pdf
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, UNIDAD DE DESCOLONIZACIÓN, *Informe técnico sobre la metodología de la Chakana y su aplicación a la Consulta de AIOC*, 2013.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Editorial Trotta, 7^a ed., 2007.
- URIBE, “Prueba y argumentación. Una aproximación al discurso iusfilosófico de la prueba”. Disponible en versión digitalizada en: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ca7bb6004678d8d3a4c1e693776efd47/Prueba+y+argumentacion.+Un+discurso+iusfilos%C3%B3fico+de+la+prueba.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=ca7bb6004678d8d3a4c1e693776efd47>.
- WRÓBLEWSKI J, “Sentido y hecho en el derecho”, *Doctrina jurídica contemporánea*, México DF., 2003.
- YAÑEZ CORTES, A., *Actividad probatoria*, Sucre, 2015.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- CORTE IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia de 23 de junio de 2005, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf
- Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, Sentencia del 19 de septiembre de 2006, (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf
- Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, Sentencia del 22 de noviembre de 2005, (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf
- Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») vs. Venezuela*, Sentencia del 5 de agosto de 2008, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)..