

Concepciones de la prueba. Observación a propósito de *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*, de Michele Taruffo.

Marina Gascón Abellán

Me resulta ciertamente difícil hacer un comentario (y mucho menos crítico) al artículo de Michele Taruffo *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*: suscribo la práctica totalidad de las ideas en él expresadas. De hecho, mi interés por esta parte de la reflexión jurídica debe mucho a los trabajos de este autor, quien, por tanto, inevitablemente, ha influido en mi comprensión de estos temas; es más, me atrevería a decir que la deuda intelectual con Taruffo no es sólo mía, sino de la mayoría de quienes –al menos desde España o Italia- prestan hoy en día alguna atención a los mismos. Aunque sólo fuera por ello, el trabajo que ahora se ha puesto en nuestras manos merece como mínimo algún esfuerzo de comentario.

Los objetivos de mi comentario son dos. Primero, poner de relieve que, además de las concepciones persuasiva y cognoscitivista de la prueba que distingue Taruffo, cabe identificar una tercera concepción que, a los fines de racionalidad de la decisión judicial, se aproxima a la persuasiva y/o resulta tan perniciosa como ésta. Segundo, que esa aproximación se refleja sobre todo en el plano de la motivación: en ambos casos se produce una rebaja –cuando no una elusión total- en las exigencias de justificación.

Esta observación no impugna en absoluto las consideraciones sobre prueba y verdad que el autor realiza en estas páginas. Tan sólo pretende poner de manifiesto que el cognoscitivismo ha de ser adoptado como un modelo “normativo” de prueba que permitirá: 1º) medir la distancia que separa al modelo de una doctrina y una praxis procesal pretendidamente “cognoscitivistas”; y 2º) avanzar propuestas normativas para la acomodación de esa doctrina y esa praxis a las exigencias que derivan del modelo.

1. Dos concepciones de la prueba: el cognoscitivismo y la concepción persuasiva

En la medida en que la prueba judicial se endereza a comprobar la verdad o falsedad de afirmaciones sobre hechos relevantes para la causa (generalmente hechos del pasado que no han sido presenciados por el juzgador), la concepción de la prueba

que se mantenga se vincula al modo en que se entiendan la naturaleza, posibilidades y límites del conocimiento empírico; es decir, a la epistemología que se adopte. En línea de principio cabría adoptar dos tipos de epistemología, cada una de las cuales se vincula a una concepción de la prueba que se caracteriza por mantener una cierta relación entre los conceptos de verdad (o enunciado verdadero) y prueba (o enunciado probado). Estas dos concepciones de la prueba son las “dos principales concepciones de la prueba” que Taruffo distingue (pp.10-11): la cognoscitivista y la persuasiva.

1.1. Epistemología objetivista crítica y concepción cognoscitivista de la prueba

Una primera epistemología es la que podríamos denominar objetivismo crítico: *objetivismo* porque entiende que la objetividad del conocimiento radica en su correspondencia o adecuación a un mundo independiente; *crítico* porque toma en serio las tesis sobre las limitaciones del conocimiento. O sea, se trata de una epistemología que mantiene que existen hechos independientes que podemos conocer aunque el conocimiento alcanzado sea siempre imperfecto o relativo. La concepción de la prueba que deriva de esta epistemología es la *cognoscitivista*, la que –en palabras de Taruffo– concibe la prueba como un *instrumento de conocimiento*, como actividad encaminada a conocer o averiguar la verdad sobre hechos controvertidos o litigiosos pero, al mismo tiempo, como fuente de un conocimiento que –por ser inductivo y estar institucionalizado, o sea, sometido a limitaciones⁵– es sólo probable⁶. En pocas palabras, desde esta perspectiva la declaración de hechos probados puede ser falsa. Por ello, en esta concepción la (libre) valoración de la prueba se concibe como una actividad *racional*, consistente en comprobar la verdad de los enunciados a la luz de las pruebas disponibles, y por ello susceptible de exteriorización y control.

⁵ Las variadas reglas procesales que disciplinan la prueba judicial constituyen –si puede decirse así– los ojos con los que el juez observa el mundo.

⁶ La prueba –afirma el autor– “proporciona informaciones sobre el contenido de un enunciado...con la consecuencia de que el enunciado podrá considerarse verdadero o falso sobre la base de las pruebas disponibles. Correlativamente, puede decirse que el hecho viene *conocido*, sobre la base de las pruebas que demuestran la verdad del enunciado...Este conocimiento es relativo al contexto en el que el hecho viene conocido (el proceso)... (Y) estas limitaciones intrínsecas al contexto...pueden incidir sobre el *grado de verdad* (o mejor: de *atendibilidad*, de *probabilidad* o de *confirmación*) que cabe atribuir a los enunciados fácticos” (p.11).

1.2. Epistemología constructivista y concepción persuasiva de la prueba

La epistemología constructivista entiende que la objetividad del conocimiento deriva de nuestros esquemas de pensamiento y juicios de valor; es decir, la verdad de los enunciados está muy vinculada al contexto. En sentido estricto, no cabe hablar de un “conocimiento objetivo”; o –si se quiere- la verdad, entendida como correspondencia, carece de sentido. La adopción de una epistemología constructivista en el proceso de prueba se manifiesta en aquellas propuestas que postergan la averiguación de la verdad en favor de otras finalidades prácticas del proceso. Estas tesis –como afirma el autor en otro trabajo- se vinculan a la teoría del *adversary system* y, en general, a las posiciones ideológicas del proceso civil que conciben a éste esencialmente como *un instrumento para la resolución de conflictos*⁷. Pero si el objetivo del proceso es dar una solución práctica al conflicto, no será necesario que la prueba se oriente a averiguar la verdad de los hechos litigiosos: bastará con obtener un "resultado formal" que sea operativo. Es más, podría incluso pensarse que la comprobación de la verdad es un obstáculo para la rápida solución de la controversia⁸. Estas propuestas alimentan una concepción *persuasiva* de la prueba que entiende que la finalidad de ésta es sólo persuadir con el objetivo de obtener una resolución favorable. Por ello, la prueba, en cuanto actividad consistente en comprobar la verdad de los enunciados fácticos, es un sinsentido: ni siquiera puede discutirse si el conocimiento del juez es correcto o equivocado; simplemente está persuadido. Por lo demás -como indica también el autor- una concepción de este tipo es compatible con (y, más aún, implica) una concepción *irracional* de la valoración de la prueba. De un lado, “porque la persuasión de un sujeto sobre algo es un estado psicológico y nada más”; de otro, porque la persuasión podrá fundarse sobre cualquier cosa que haya influido en la formación de ese estado psicológico, y no necesariamente en la producción de pruebas (p.11).

⁷ Vid. M.Taruffo, “Modelli di prova e di procedimento probatorio”, *Rivista di Diritto Processuale*, XLV, 2, 1990, pp.429 ss.

⁸ “Quien entiende que la finalidad del proceso es sólo la de poner fin a las controversias, se inclina a excluir que éste deba orientarse a la comprobación de la verdad” (p.6).

1.3. Las relaciones verdad-prueba

La distinción entre las dos concepciones de la prueba comentadas se puede analizar a la luz de las relaciones entre los conceptos de verdad y prueba.

Decir que un enunciado fáctico es *verdadero* (o –por conectar aquí con una terminología al uso- que refleja la *verdad material u objetiva*) significa que los hechos que describe han existido o existen en un mundo independiente; o sea, que es correcta, en el sentido de que se corresponde con la realidad, la descripción de hechos que formula. Decir que un enunciado fáctico está *probado* (o que constituye la *verdad procesal o formal*) significa que su verdad ha sido comprobada; o sea, que el enunciado ha sido confirmado por las pruebas disponibles⁹. Sobre la base de esta distinción, podría decirse que mientras el cognoscitismo separa ambos conceptos, la concepción persuasiva los identifica: desde la perspectiva cognoscitivista “la declaración de hechos probados de la sentencia puede ser falsa”; desde la concepción persuasiva no tiene sentido realizar tal afirmación, pues aunque, en rigor, la verdad de los hechos no es aquí algo que deba perseguirse, es evidente que en la práctica esta posición descansa sobre un concepto de verdad en virtud del cual “verdadero es lo que resulta probado en el proceso”.

Ahora bien, nótese que el concepto de *verdad* (o de “enunciado verdadero”) traduce, en relación con el de *prueba* (o de “enunciado probado”), 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: aunque sólo la declaración de hechos probados o verdad procesal resulta jurídicamente relevante, no es infalible, y desde luego puede ser distinta (de menor o mayor calidad) a la obtenida a través de otros procedimientos que no tengan las trabas y limitaciones procesales¹⁰. Por eso, la distinción entre estos dos conceptos no sólo es posible sino incluso necesaria si se quiere dar cuenta del carácter

⁹ Si bien, como afirma Taruffo, cuando un enunciado fáctico ha sido confirmado por las pruebas disponibles, *suele decirse* que “es verdadero” (p.10). La cursiva es añadida.

¹⁰ Como afirman C. Alchourrón y E. Bulygin, podrá decirse que la verdad procesal “es *final*, en el sentido de que pone fin a la controversia, (¡pero poner fin a la discusión sobre la verdad no hace verdadero el enunciado!)”, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991, p.311.

autorizado, pero falible, de la declaración de hechos de la sentencia. Es más, *la distinción juega también un importante papel metodológico*, pues pone de manifiesto la necesidad de establecer garantías para hacer que la declaración de hechos obtenida en el proceso se aproxime lo más posible a la verdad.

En suma, una concepción racional de la prueba exige distinguir entre los conceptos de verdadero y probado; exige, por tanto, el cognoscitivismo, concepción según la cual el proceso se orienta a la comprobación de la verdad, pero el conocimiento alcanzado es siempre imperfecto o relativo. De la misma opinión es M. Taruffo¹¹.

2. *Un cognoscitivismo acrítico*

Las dos concepciones comentadas representan los modelos principales entre los que cualquier concepción de la prueba se mueve. Pero en la ciencia y en la praxis procesal se maneja también –y con harta frecuencia- otra concepción que –en algún sentido- comparte rasgos de las dos anteriores. Se trata de la que, por oposición a la que hemos etiquetado como cognoscitivismo, podría denominarse *cognoscitivismo acrítico*, pues entiende que el fin (un fin instrumental) del proceso es averiguar la verdad de las aserciones litigiosas (en el sentido de su correspondencia con los hechos que describen), pero, al concebir la prueba judicial como un proceso guiado por reglas más o menos seguras, confía en la posibilidad de obtener resultados incuestionables. El *cognoscitivismo acrítico* se presenta entonces como una manifestación del cognoscitivismo pero eludiendo su postulado esencial: la distinción entre verdadero y probado, que se cifra en la conciencia de las limitaciones que presenta la comprobación

¹¹ Taruffo apoya la concepción cognoscitivista al entender, por un lado, que la *aspiración a conocer la verdad* es un objetivo irrenunciable en el proceso, y, por otro, que el conocimiento alcanzado en el proceso es siempre *imperfecto o relativo*.

Respecto a lo primero, dice el autor que cabe plantear si la verdad de los hechos pueda o deba considerarse como una finalidad del proceso. Pero si se entiende –como hace él- que la función del proceso es aplicar la ley, garantizar los derechos, etc., y que una decisión sólo es correcta o justa, bajo el perfil de la aplicación de las normas sustantivas, si es verdadero el enunciado que integra la condición de aplicación de la norma (p.9), entonces la averiguación de la verdad es un fin, o un valor *instrumental*, que debe perseguirse en orden al fin principal del proceso, que es la formulación de una decisión jurídicamente correcta (p.6). Por ello, los sujetos encargados de resolver controversias, “si es que pretenden comportarse de un modo racional, intentarán establecer con la máxima certeza si los enunciados en cuestión son o no verdaderos” (p.2).

Respecto a lo segundo, baste señalar lo que dice el autor: “*nadie duda sensatamente* que en el proceso no se establecen verdades absolutas, y que cualquier conclusión que el juez extraiga del análisis de las pruebas es siempre dependiente de las pruebas que han sido adquiridas en el juicio” (p.11).

procesal de los (enunciados sobre) hechos y de la subsiguiente relatividad del conocimiento alcanzado. Se trata pues de la concepción presente en todas aquellas tesis doctrinales o praxis procesales que –por unos u otros motivos- entienden que los procedimientos probatorios arrojan un resultado incontrovertible. Si tiene sentido resaltar esta tercera forma de concebir la prueba es porque las implicaciones que presenta la aproximan a la concepción persuasiva, pero con una agravante: al aparecer como manifestación de la concepción cognoscitivista, constituye una perversión ideológica de la misma.

Esta concepción se manifiesta en los *modelos de prueba legal*, que suponen la consagración jurídica de reglas de valoración que indican al juez cuándo (y en qué medida) debe darse por probado un hecho, con independencia de su convicción. Pero está también presente en el modo tradicional de entender la libre convicción en conexión con el principio de inmediación.

La inmediación, es decir la intervención personal y directa (inmediata) del juez en la práctica de la prueba, suele presentarse como la condición inexcusable para la libre valoración, pues sólo fundando el juez su convicción en la “impresión inmediata” recibida y no en referencias ajenas –se argumenta- puede reputarse ésta como libre. Ahora bien, como es evidente que las impresiones recibidas por el juez no pueden ser comunicadas, lo que viene a sostenerse es que *en el ámbito de la inmediación el juez es dueño de su valoración*. La libre convicción se entiende entonces como valoración libre, subjetiva y esencialmente incontrolable, como una especie de momento íntimo o místico capaz de suplantar las pruebas o, cuando menos, de permitir su ponderación discrecional y *no discutible*¹². Es esta interpretación de la libre convicción lo que explica que la concepción que suelen tener los juristas sobre los hechos enjuiciables consista simplemente –como el propio Taruffo afirma en otro trabajo- “en dar por descontada la posibilidad de que en el proceso se asegure su verdad”¹³. Lo que tal vez

¹² Esta interpretación de la libre convicción está muy arraigada en la ideología de los juristas y ha llegado incluso a definirse como la convicción adquirida *con* la prueba de autos, *sin* la prueba de autos y aun *contra* la prueba de autos; vid. E.J. Couture, "Las reglas de la sana crítica", *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1949, II, p.221.

¹³ M.Taruffo, “Note sulla verità dei fatti nel processo civile”, en *Le ragioni del garantismo*, L.Gianformaggio (ed.), Turín, Giappichelli, 1993, p.361.

explique la inclinación forense a atribuir al juicio de hecho naturaleza "deductiva", "demostrativa" o "analítica".

Esta tercera concepción de la prueba es una perversión de la concepción cognoscitivista, y los resultados que produce, en términos de la relación verdadero/probado, son parecidos a los de la concepción persuasiva. Tanto la concepción cognoscitivista acrítica como la persuasiva conducen a una *anulación de esa dualidad*, si bien en cada caso por razones diferentes. En el primer caso, la anulación se produce por una identificación entre ambos conceptos: *la declaración de hechos probados de la sentencia es la expresión o reflejo de la verdad*, porque los procedimientos probatorios proporcionan (o se opera con la ideología de que proporcionan) resultados indiscutibles. En el segundo, la anulación se asienta en una impugnación de la idea de conocimiento objetivo: *no hay más verdad que la procesalmente conocida y declarada*. Con el mismo corolario inquietante: los jueces serían, por definición, infalibles.

3. La motivación en la concepción persuasiva y en el cognoscitivismo acrítico

Tanto la concepción persuasiva de la prueba como lo que hemos llamado cognoscitivismo acrítico, al negar la distinción entre verdadero y probado, comportan nefastas consecuencias para una concepción racional de la prueba, que se proyectan sobre todo en el sentido y alcance que se da a la motivación.

Para la concepción *persuasiva*, basada en una interpretación psicologista o arracional de la valoración de la prueba, la motivación, entendida como *justificación*, o sea como aportación de razones que permitan sostener que las aserciones sobre hechos contenidas en la sentencia pueden aceptarse como verdaderas, es *imposible*. Más aún, la obligación de *justificar* los enunciados fácticos es un sinsentido, pues la prueba se endereza a persuadir al juez con el objetivo de obtener una resolución favorable y no a averiguar la verdad de los hechos litigiosos. En realidad, para esta concepción de la prueba "en el juicio no se *conocen* los hechos: todo se cierra y se agota dentro de discursos y narraciones que se hacen en el proceso" (p.11). Por eso, allí donde se impone a los jueces la obligación de motivar la declaración de hechos probados de la sentencia, ésta se resuelve en un relato, en una exposición conjunta de los hechos

puestos en conexión en una estructura narrativa. No hace falta insistir mucho en la insuficiencia de esta manera de entender cumplido el deber de motivar, pues no se ve qué tipo de justificación puede aportar el simple relato, es decir, una sucesión de enunciados sobre hechos probados mejor o peor narrados. El relato presupone la verdad de los enunciados que lo componen, pero no constituye *per se* justificación de los mismos. La técnica del relato no es más que subterfugio formal que esconde en realidad una *ausencia de justificación*.

La perspectiva *cognoscitivista*, en cambio, sí toma en serio la obligación de motivar. Si la prueba es un instrumento de conocimiento y valorar consiste en determinar si, a la vista de las pruebas disponibles, hay razones para dar por verdaderas (o probables en grado suficiente) aserciones sobre hechos relevantes para la decisión, entonces es preciso motivar, aportar las razones que permiten sostener que esas aserciones pueden aceptarse como verdaderas. Si así no fuese, la valoración, más que libre sería libérrima y esencialmente subjetiva (“íntima” por usar la terminología al uso), con lo cual se abandonarían el cognoscitivismo para entrar en el campo del más puro decisionismo judicial. En suma, si la racionalidad de la decisión probatoria ha de ser controlada, es evidente que ese control se proyecta sobre las razones que fundamentan la libre valoración del juez. La concepción cognoscitivista de la prueba exige pues la motivación como su clave de cierre.

Sin embargo, desde las posiciones que se reconducen a lo que hemos denominado *cognoscitivismo acrítico* siguen quedando exentas de motivación amplias áreas del juicio de hecho. Y ello en virtud de esa interpretación de la libre convicción como convicción íntima y libérrima que el juez obtiene en la inmediatez con el material probatorio. Y es que si la convicción del juez es el resultado de su exposición directa al material probatorio (a través de la cual el juez se da cuenta si el testigo tiembla o titubea, si suda o está entero, y –a través de todo ello- si dice la verdad o miente¹⁴), entonces esa convicción no es susceptible de racionalización. Esta interpretación de la libre convicción en relación con la inmediatez instituye así una zona opaca al control racional que contradice profundamente la cultura de la motivación, pues que las intuiciones e impresiones existan y tal vez sean inevitables no significa que puedan ser esgrimidas como excusa para la no justificación.

¹⁴ Esta es una tesis sostenida tranquilamente en la doctrina y la jurisprudencia.

Precisamente esta lectura “subjetivista” de la libre convicción ha permitido al Tribunal Supremo español (y a una gran parte de la doctrina procesalista) mantener la existencia de dos niveles de valoración, uno controlable y el otro no: el primero, constituido por los razonamientos que el juez pueda realizar a partir de los datos que directamente ha percibido en el juicio oral; el segundo, *incontrolable*, constituido por aquellos aspectos de la valoración que dependan sustancialmente de la inmediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del tribunal de instancia. En este sentido -aclara aún más esta doctrina- la cuestión de la credibilidad de los testigos queda fuera de las posibilidades de revisión. Como consecuencia de esta distinción de niveles de valoración, sólo se insiste en la necesidad de motivar la llamada prueba indirecta (por hacer entrada en ésta el razonamiento del juez), mientras que se alivian (hasta casi anularse) las exigencias de motivación de la prueba directa (pues, esta prueba, según otra errónea concepción, no requiere del raciocinio y queda cubierta toda ella por el “paraguas” de la inmediación).

Por lo demás, tanto desde la concepción persuasiva como desde ese cognoscitivismo acrítico basado en la interpretación de la libre convicción como convicción íntima, tiende a potenciarse la concepción mentalista o psicologista de la motivación, y por consiguiente se devalúa su sentido.

En efecto, en ambos casos la convicción del juez aparece como “persuasión”, como convicción psicológica, fundada en cualquier motivo y no necesariamente en pruebas. Y sobre esta base resulta comprensible que se maneje una concepción de motivación (la mentalista) según la cual motivar consiste en reproducir en el documento de la sentencia todo el proceso mental que ha conducido al juez a adoptar la decisión, en realizar en definitiva un ejercicio de sinceridad. Ahora bien, esta concepción de la motivación no resulta adecuada. Primero, y sobre todo, porque en el contexto jurídico no interesa saber todo lo que ha pasado por la cabeza del juez, no interesa saber por qué causas o con qué propósito ha declarado el juez probados ciertos hechos; lo que interesa saber es si esa declaración puede aceptarse como verdadera a la luz de las informaciones disponibles. Segundo, y más secundario, porque esta concepción mentalista permite “justificar” todo tipo de “alivios” en la exigencia de motivación. Por ejemplo, permite a muchos sostener que es imposible (o muy difícil) una *rigurosa* motivación de la prueba, porque imposible (o muy difícil) resulta la exposición y subsiguiente control de *todo* el

proceso mental que ha llevado a la decisión. Y, en particular, permite sostener que en un órgano colegiado no es exigible (y que es incluso imposible) una motivación exhaustiva, pues no se ve cómo habría de redactarse la sentencia habida cuenta de que los diferentes miembros del colegio han podido llegar a la conclusión por diferente camino.

Y por último, si cabe hablar de un cognoscitivismo “acrítico” no es sólo porque desde perspectivas pretendidamente cognoscitivistas se realiza esa comentada interpretación de la libre convicción (que comporta importantes “rebajas” en la obligación de motivar o que incluso propicia una concepción mentalista de la motivación que enerva su sentido de “técnica” frente a la arbitrariedad), sino también porque desde esa concepción se siguen manteniendo posturas narrativistas: sigue dominando abrumadoramente la técnica del relato como método de motivación. Esta situación presenta efectos demoledores desde el punto de vista de la racionalidad jurídica, pues se traduce en la combinación de una teoría fuerte de la verdad como correspondencia con un método débil de constatación de la misma, vía relato o narración (verdadera) que surge en el propio proceso. El punto de partida cognoscitivista legitima así el resultado, pero sin pagar el precio de rigor y esfuerzo de justificación que reclama el cognoscitivismo, precio que puede ser eludido merced al método de motivación narrativo. Tal vez una de las razones por las que incluso desde posturas cognoscitivistas se termina recalando en el narrativismo es que, en general, la teoría jurídica, cegada en el normativismo, ha olvidado la dimensión de controversia que tiene el proceso; es decir, ha olvidado que el proceso es un espacio de conflicto y no de cooperación; que el proceso –como indica Taruffo (pp.5-6)- “no constituye una narración de algo, sino que está formado por una pluralidad de narraciones, cada una de las cuales puede ser verdadera o falsa,...que no se recomponen en una sola narración coherente y omnicomprendiva”. Pero, sea como fuere, este es un aspecto más que merece ser criticado (y revisado) desde una concepción de la prueba cognoscitivista.

4. A modo de conclusión

1. Si la declaración de hechos probados de la sentencia no se quiere asumir como “infalible”, o sea si ha de poder discutirse si el convencimiento del juez sobre la

ocurrencia de esos hechos es correcto o equivocado, entonces –como el propio Taruffo señala- es preciso asumir una teoría prescriptiva o normativa de la prueba donde esta “puesta en cuestión” tenga sentido¹⁵. Esta teoría es la coincidente con la concepción *cognoscitivista*, que mantiene claramente diferenciados los conceptos de verdad y prueba y que por tanto entiende que “la declaración de hechos probados de la sentencia puede ser falsa”, y no la *persuasiva*, por cuanto al identificar los conceptos de verdad y prueba entiende que “verdaderos son los hechos declarados como tales en la sentencia”; es decir, que los jueces serían, por definición, infalibles. Pero además, en el objetivo de recuperar la “racionalidad” en el ámbito de la prueba, el cognoscitivismo no es sólo la concepción desde la que impugnar la “irracional” concepción persuasiva de la prueba. Por cuanto teoría prescriptiva el cognoscitivismo es también (o sobre todo) el anclaje teórico desde el que “desenmascarar” las variadas instituciones y prácticas que, bajo la etiqueta cognoscitivista, consagran la irracionalidad en el ámbito de la prueba. No bajar la guardia desde esta dimensión “normativa” del cognoscitivismo es clave para abrir la prueba al ámbito de la racionalidad.

2. Pero Taruffo señala que las concepciones cognoscitivista y persuasiva de la prueba “no son equivalentes, y mucho menos intercambiables entre sí (del mismo modo que un árbol no es una serpiente)” (p.12); que son inconmensurables, por así decir, con lo cual parece sugerir que ese carácter prescriptivo, y por tanto crítico, del cognoscitivismo destacado en el punto anterior resultaría inviable. Y ello porque mientras la concepción persuasiva refleja el *punto de vista del abogado*, o sea de quien está más interesado en ganar la causa que en hacer que reluzca la verdad, la concepción cognoscitivista refleja el *punto de vista del juez*. Esta afirmación es inobjetable, pues, por más irracional que pueda considerarse la concepción persuasiva desde la perspectiva de quien tiene in mente que el fin de la prueba es averiguar la verdad, lo cierto es que esta concepción describe bien la “lógica probatoria” del abogado. Sin embargo, me parece que ello no significa que estas concepciones no puedan “medirse” o confrontarse en el plano teórico. Y ello por dos razones.

¹⁵ “discutir si el convencimiento del juez es correcto o equivocado...presupondría una teoría prescriptiva o normativa de la prueba” (p.12).

En primer lugar, porque la perspectiva que más interesa para teorizar el problema de la prueba es la del juez, la de quien, desde la imparcialidad, está llamado a dictar una decisión ante unos hechos probados¹⁶, y en un análisis empírico cabe observar que la concepción cognoscitivista de la prueba no es la única que se maneja desde esta perspectiva. En la doctrina y en la praxis procesal funcionan también “de hecho” concepciones de la prueba desde la perspectiva del juez que, aunque se adscriben al cognoscitivismo (en la medida en que la tesis de fondo que se mantiene es que el objetivo de la prueba es “reconstruir” los hechos de la causa), pueden reputarse “persuasivas”. Lo que hemos denominado cognoscitivismo acrítico pretende dar cuenta de esta situación. Pues bien, en esta medida, creo que *no sólo es posible, sino también útil confrontar las concepciones persuasiva y cognoscitivista desde la perspectiva del juez.*

Pero cabe decir más. En la medida en que por lo general estas concepciones de la prueba no suelen presentarse en estado puro sino que en todo proceso se entremezclan y conviven puntos de vista e intereses adscribibles a ambas, creo que *no sólo es posible sino también útil confrontarlas desde una perspectiva (más amplia) que teorice la prueba desde la concepción dominante del proceso, y no desde el punto de vista de cada uno de los sujetos que participan en él.* Desde esta perspectiva, podría decirse que cuanto más fuerte sea la tesis del proceso como un mecanismo para resolver controversias, *tout court* (y la análoga concepción del papel del juez como árbitro pasivo del enfrentamiento entre las partes con la única función de sancionar la violación de las reglas del juego) entonces más relieve cobrará la concepción persuasiva de la prueba, y todas las “lecturas” de instituciones probatorias en clave persuasiva serán más inmunes a la crítica. Por el contrario, cuanto más fuerte sea la tesis del proceso como mecanismo para resolver controversias *mediante la correcta aplicación de la ley* (y la análoga concepción del papel del juez como director del proceso pero también como garante de la correcta aplicación de la ley y de la tutela efectiva de los derechos, es decir garante de una decisión justa o correcta), entonces más relieve cobrará la concepción cognoscitivista de la prueba, y todas las lecturas de instituciones probatorias en clave persuasiva estarán más sujetas a la crítica.

¹⁶ El propio Taruffo dice que el punto de vista del abogado no es el más ventajoso desde la perspectiva teórica (p.12).