V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

RICARDO ANDRÉS MARQUISIO AGUIRRE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UdelaR/Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Ricardo Andrés Marquisio Aguirre – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-274-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Teorias da justiça. 3. Teorias da decisão. 4. Argumentação jurídica. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).
CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Este GT del V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (UDELAR) el día 9 de setiembre de 2016, entre las 9 y las 12 hs. La temática y las ponencias anunciadas hacían presagiar una importante diversidad de intereses y concepciones teóricas (referidas a la argumentación, el Derecho, la teoría del Derecho y la teoría de la Justicia), así como la producción de interesantes discusiones a partir de las exposiciones, previsiones que se cumplieron ampliamente.

El primer artículo presentado entre los correspondientes al GT fue APROVAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA PELO STF (ADPF 178): COMO O ATIVISMO JUDICIAL ROMPE A SEPARAÇÃO FUNCIONAL DOS PODERES CONSTITUCIONALMENTE PREVISTA aborda el álgido tema del modo en que, bajo el discurso justificativo de realizar una "interpretación conforme a la Constitución", los tribunales legislan en materia constitucional y practican activismo judicial, lo que da mérito a que su accionar sea cuestionado por violación del principio de separación de poderes.

El artículo LIMITES AUTOIMPOSTOS À TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE, DE JOHN RAWLS, E AS CONSEQUÊNCIAS EM SUA NATUREZA discute los límites que la teoría dela justicia rawlsiana se impone con el objetivo de recibir una aceptación lo más amplia posible y el modo en que dichos límites tienen consecuencias a la interna de dicha teoría.

Por su parte, el artículo O BEM COMO RACIONALIDADE EM JOHN RAWLS, continúa con el análisis de la influyente teoría de la justicia de dicho autor, tomando como tema el papel de la teoría del bien y sus implicancias, así como el contraste entre el bien y lo justo, que aparece como uno de los aspectos centrales de la concepción de justicia como equidad.

El último artículo en ser expuesto entre los brasileños es O DIREITO À IMAGEM NO PROCESSO ELEITORAL DEMOCRÁTICO SOB A ÓTICA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E DO DISCURSO RACIONAL. En el artículo se discute si y en qué medida

debe prevalecer el derecho a la imagen de los candidatos o exercentes mandatos o cargo político en contra del derecho a la información de los ciudadanos para el propósito de construcción de una opinión pública "libre".

En lo que refiere a los artículo expuestos por investigadores uruguayos, el primero fue ARGUMENTACIÓN Y DEBERES IMPERFECTOS. En él se defiende la necesidad de aceptar la existencia de deberes imperfectos en la argumentación y se plantean los rudimentos de tal incorporación en una Teoría de la argumentación de orientación Pragma Dialéctica.

EL siguiente artículo es LAS DECISIONES JUDICIALES EN EL AMBITO DE LAS SOCIEDADES COMPLEJAS LATINOAMERICAS. UNA VISIÒN DESDE EL MARCO DE LA TEORIA CRÍTICA. El tema elegido, trata dos aspectos esenciales del Derecho en las sociedades complejas latinoamericanas, avanzado ya el S XXI: la judicialización creciente de la política y su reverso la politización de la justicia.

El artículo OBJECIÓN DE CONCIENCIA analiza, a partir de un reciente y comentado fallo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la problemática que plantea “deducir” un derecho general a la objeción conciencia de las disposiciones constitucionales y legislativas que se invocan para fundarlo.

Finalmente, se expuso el articulo RAZONES Y CREENCIAS CONSTITUCIONALES: ALGUNOS PROBLEMAS CONCEPTUALES Y NORMATIVOS DEL ESTADO (NEO) CONSTITUCIONAL. Allí se plantean algunos problemas vinculados al papel de la Constitución densa en proveer razones justificativas del derecho de las fuentes sociales y de la conducta de los operadores e intérpretes jurídicos (jueces, legisladores, dogmáticos).

Prof. Adj. Ricardo Marquisio Aguirre - Facultad de Derecho - UDELAR

LOS HECHOS EN EL DERECHO URUGUAYO. CONSIDERACIONES INICIALES SOBRE LA QUAESTIO FACTI EN EL DERECHO URUGUAYO.

OS FATOS NO DIREITO URUGUAIO. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A QUAESTIO FACTI NO DIREITO URUGUAIO

Horacio Ulises Rau Farias

Resumo

Partiendo del presupuesto de que la cultura jurídica europea y latinoamericana le asigna más importancia al estudio de todo lo concerniente al derecho positivo, en detrimento del estudio de los aspectos fácticos en el derecho, el presente artículo pretende hacer una revisión de la doctrina procesalista y la jurisprudencia uruguayas a efectos de investigar si ha incorporado algunos de los avances que en el campo de la teoría del derecho y de la argumentación jurídica se han efectuado desde los años noventa en el ámbito jurídico italiano y español.

Palavras-chave: Quaestio facti, Argumentación, Hechos

Abstract/Resumen/Résumé

Partindo do pressuposto de que a cultura jurídica europeia e latino-americana atribui mais importância ao estudo de todas as questões relativas ao direito positivo, em detrimento do estudo dos aspectos factuais do Direito, este artigo tem como objetivo revisar a doutrina procesalista e jurisprudência do Uruguai, a fim de investigar se incorporou alguns dos avanços no campo da teoria do direito e argumentos legais foram feitas desde a década de noventa no campo jurídico italiano e espanhol.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Quaestio facti, Argumentação, Atos

1. Introducción

En la formación y en la práctica jurídica de los ordenamientos de tradición continental (países europeos y latinoamericanos), es notoria la importancia que se le da al estudio de la cuestión normativa, entendiendo por tal, la interpretación del derecho positivo. Creo que no es arriesgado afirmar que, aunque de la decimonónica Escuela de la Exégesis nada quede en la teoría del derecho contemporánea, mucho de ella ha sobrevivido a través de su forma de enseñanza en las Facultades de Derecho iberoamericanas, donde el material normativo es el objeto principal de la enseñanza, discusiones académicas y atención profesional, dejándose relegado a un segundo plano, en el mejor de los casos, o a la completa desatención en el peor, a aquello a lo que el propio material normativo se refiere: los hechos.

Este sesgo en el interés con que los juristas continentales y latinoamericanos se aproximan a la complejidad de lo jurídico, puede ser llamado con propiedad como la *falacia normativista*: la verdadera tarea del jurista es conocer las normas y dictar derecho, no existiendo mayor problema con los hechos, que son los que aportan las partes y no suscitan problemas especiales (González Lgier, 2013, pág. 11).

Hace ya algunas décadas que en la doctrina jurídica continental algunos autores han comenzado a prestar atención al estudio del aspecto factico del razonamiento jurídico. En Italia Michelle Taruffo, en España Perfecto Andrés Ibáñez, Marina Gascón y Daniel González Lagier, son algunos autores que han intentado explicitar los presupuestos filosóficos que pueden estar detrás de las actitudes que los operadores jurídicos (jueces, doctrinos y abogados) adoptan frente al análisis de la realidad fáctica.

Utilizando como marco teórico el trabajo en argumentación y epistemología de González Lagier, el presente trabajo pretende ser una aproximación inicial a la tarea de investigar si la doctrina procesalista y la jurisprudencia uruguaya ha recibido de alguna manera tales planteos.

2. El razonamiento jurídico

Una de las oportunidades en que en el derecho se maneja el concepto de *cuestión de hecho,* es al analizar el razonamiento jurídico. Por razonamiento podemos entender *"…cualquier proceso inteligente de interrelación y tratamiento secuencial de ideas o pensamientos por el que pasamos desde cierta información o desde unas creencias o actitudes, asumidas o consideradas, hasta alguna otra posiblemente nueva. Si el desenlace de este proceso reviste la forma de una*

(toma de) decisión o tiene que ver con la ejecución de acciones, nos hallamos ante un razonamiento práctico*; en otro aso, ante un razonamiento* teórico*. (...) Un proceso de razonamiento suele formularse en términos proposicionales, de modo que los puntos de partida constituyen una especie de premisas y el desenlace una especie de conclusión. Entonces podemos hablar con propiedad de un proceso discursivo de* inferencia.*"* (Vega Reñón, Luis, 2000, pág. 487).

En la literatura jurídica hay autores que entienden por razonamiento jurídico a la aplicación de la noción general de razonamiento al campo específico del derecho, y otros entienden que es un tipo especial de razonamiento que amerita un tratamiento diferenciado (Atienza, Manuel, 2015, pág. 203). Incluso los conceptos de *razonamiento jurídico* y el de *argumentación jurídica* suelen manejarse como sinónimos, quizás porque *"La argumentación es la expresión lingüística habitual del razonamiento…"* y"*…un argumento es la transcripción normalizada de una inferencia en los términos básicos de premisas, línea discursiva (...) y conclusión."* (Vega Reñón, Luis, 2000, pág. 487).

El razonamiento jurídico, y especialmente el judicial, suele representarse como un "silogismo práctico", que a partir de la premisa mayor (la norma jurídica aplicable) y una premisa menor (la premisa fáctica), concluye con una norma jurídica singular (el fallo de la resolución). La premisa fáctica es la que establece que un supuesto de hecho concreto constituye un caso particular del supuesto de hecho abstracto de una norma jurídica. Es el resultado de una operación 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 subsumir. Esto no desvirtúa el carácter también fáctico de la premisa, que se asienta necesariamente sobre hechos: precisamente aquellos que se califican (Gascón Abellán, 2010, pág. 45).

3. Concepto de hecho

Existe una ambigüedad en el vocablo "hecho", que en general pasa desapercibida en el discurso jurídico, ya sea en la doctrina, la jurisprudencia como en el derecho positivo. A efectos de aclarar este concepto, en teoría del derecho González Lagier (González Lgier, 2013, pág. 17 y 18), ha realizado una serie de importantes distinciones que permiten desambiguar tal expresión:

a) *hechos y objetos:* tomando la definición de "hecho" del filósofo analítico Bertrand Russell, quien lo definía como *"...a aquello que hace verdadera o falsa a una proposición. Si digo 'Está lloviendo', lo que digo será verdadero en unas determinadas*

condiciones atmosféricas y falsas en otras." Eso lleva a distinguir los hechos (en sentido de "evento") de los objetos físicos, porque éstos no hacen verdaderas o falsas nuestras creencias, dado que éstas no versan directamente sobre los objetos, sino sobre su existencia, o sobre la pertenencia de cierta propiedad al mismo. Dado que mediante la prueba las pretenden generar ciertas creencias (el convencimiento) en el juez, la prueba no puede versar sobre los objetos; lo que es materia de prueba es la existencia de un objeto, pero no el objeto en sí mismo. *"La expresión (...) 'los hechos en el Derecho' en el ámbito de la prueba, se refiere a todo aquello que puede formar parte de la premisa fáctica del silogismo judicial, esto es, todo aquello que las partes pueden tener interés en probar para tratar de suscitar una creencia en el juez."* (González Lagier, 2003, pág. 18).

b) *hechos genéricos y hechos individuales:* distinción entre clases de hechos (como erupciones volcánicas, descarrilamientos, batallas, etc.), y hechos particulares ocurridos en un momento y un espacio determinado (como la erupción del Etna en julio del 2001, el descarrilamiento del expreso de Irún y la batalla de Trafalgar).
c) *hechos externos:* acaecimiento empírico, realmente ocurrido, desnudo de subjetividades e interpretaciones.
d) *hechos percibidos:* conjunto de datos o impresiones que el hecho externo causa en nuestros sentidos.
e) *hechos interpretados:* la descripción o interpretación que hacemos de tales datos sensoriales, clasificándolos como un caso de alguna clase genérica de hechos.

El citado autor, además de la resumida clasificación brindada, realiza una clasificación más extensa, de la que creo destacable mencionar la que distingue entre estados de cosas, los sucesos, las acciones y omisiones entre *naturales* (cuando es posible describirlas sin hacer referencia a reglas o convenciones) o *institucionales* (cuando no es posible describirlas sin hacer referencia a reglas o convenciones, como "estar casado", "alcanzar la mayoría de edad" o "jugar al ajedrez").

3.1. Concepto de hecho en la doctrina procesalista y la jurisprudencia uruguaya

La ambigüedad ya referida de la palabra "hecho" ha pasado casi desapercibida para la doctrina procesalista nacional relevada hasta el momento.

En general puede verse un tratamiento que no problematiza el concepto de "hecho", haciendo uso del vocablo sin siquiera intentar aclarar su alcance semántico (Couture, 2010, pág. 193 a 214), (Tarigo, 2015, pág. 15 a 19), (Abal Oliú, 2015, pág. 12 a 44).

Como excepción a lo antes mencionado se encuentra la obra dirigida por Enrique Véscovi (Véscovi, 1998, pág. 38), en la que al comentar el artículo 137 del Código General del Proceso (que regula lo que corresponde probar), aportan tres definiciones de "hechos", una propia y dos de doctrina extranjera:

a) *"…todo lo que puede ser percibido y que no es simple entidad abstracta o idea pura…"*: esta definición restringe el concepto de "hecho" a lo que puede ser objeto de percepción sensorial (equivalente al ya referenciado concepto de *hecho percibido* de González Lagier), contraponiéndolo a lo no percibido o ideal, dejando de lado todo lo referente a la vida psíquica y anímica de los sujetos (abarcados por la mención a *"simple entidad abstracta o idea pura"*), como el pensamiento, las emociones, etc. que no son susceptibles de ser percibidos por la vista, el oído, tacto y el gusto; ello implicaría excluir del objeto de la actividad probatoria del proceso a, por ejemplo, las intenciones;
b) *"…los acontecimientos y circunstancias concretas, determinados en el espacio y en el tiempo, pasados y presentes, del mundo exterior o de la vida anímica humana, que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico."* (concepto de Rosemberg citado por Viera): esta definición tomaría no solamente en consideración los *hechos externos* al hablar de acontecimientos y circunstancias individualizables espacio-temporalmente, sino que además abarcaría lo que la definición anterior excluyó (la vida interior de las personas), haciendo referencia a los *hechos interpretados* que son los que en definitiva interesan al derecho al efectuar su descripción como clase en el derecho positivo ("el derecho objetivo" al que hace referencia la definición);
c) *"…1) todo lo referente a la conducta humana, actos voluntarios e involuntarios, individuales o colectivos, las simples palabras pronunciadas y las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el juicio de calificación que de esos hechos se tenga, siempre que, en todos los casos, sea perceptible; 2) los hechos naturales en que no interviene la voluntad humana; 3) las cosas u objetos materiales y cualquier aspecto de la realidad material, con independencia de haber sido producidos o no por el hombre; 4) la persona humana como existencia física y sus características, y 5) los estados o hechos*

síquicos del hombre, incluyendo el conocimiento, la intención o voluntad, siempre que no impliquen conductas traducidas en hechos externos –ya que, en tal caso, pertenecería al primer grupo-.": en los numerales 1), 4) y 5) divide todo lo referente a las personas, como ser el aspecto externo de su conducta, luego su misma existencia y características físicas, y luego sus aspectos internos como el pensamiento, voluntad e intención; el numeral 2) coincidiría con la distinción entre "sucesos naturales" (describibles sin hacer referencia a reglas o convenciones) y "sucesos institucionales" (describibles con referencia necesaria a las mismas); el numeral 3) confunde "hechos" con "objetos", afirmando que las cosas en sí mismas son el fin de la actividad probatoria y no cierta condición de las mismas, como su existencia (en un proceso penal se tomaría como hecho un revolver y no la existencia de un revolver), o cierta propiedad de las mismas (el objeto de prueba en el proceso penal sería un cuchillo y no la existencia de un cuchillo con las impresiones dactiloscópicas del imputado).

En cuanto a la jurisprudencia, hasta el momento no me ha sido posible encontrar sentencias en las que se brinde un concepto de hecho (Instituto Uruguayo de Derecho Porcesal, 2015), (Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, 2014, págs. 773-831, 971-981), (Instutito Uruguayo de Derecho Procesal, 2012, págs. 606-652). Sin óbice de que una sentencia no es un texto sobre epistemología, desde el punto de vista argumental parecería adecuado que quien construye el silogismo judicial explicara al momento de diseñar la premisa fáctica, el alcance semántico de un concepto tan central como es el de hecho, máxime si es tan ambiguo como se ha mostrado. En la jurisprudencia examinada hasta el momento no se muestra ningún esfuerzo de desambiguación del término, ni siquiera de una aproximación tentativa de explicitar el concepto que se tiene de hecho, sino que es manejado como sobre entendido, repetido y no problematizado.

4. Actitudes epistémicas ante la realidad

Para González Lagier (González Lgier, 2013, pág. 19) la concepción común sobre los hechos, y extendida entre los juristas, es la que llamada *"objetivismo ingenuo"*. De acuerdo con la misma los hechos y la realidad son plenamente objetivos, y los conocemos porque impactan en nuestra conciencia. De acuerdo a tal actitud ante la realidad, los hechos son entidades naturales, previa y definitivamente constituidas, datos brutos evidentes y no problemáticos ofrecidos por la realidad.

Esta concepción puede precisarse por medio de dos tesis:

a) Tesis de la objetividad ontológica: el mundo es independiente de sus observadores. Las cosas son como son, con independencia de lo que sabemos de ellas y de cómo las vemos.
b) Tesis de la objetividad epistemológica: por medio de los sentidos normalmente tenemos un acceso fiel a esa realidad.

Al no problematizar la realidad, esta actitud no puede distinguir la ambigüedad de la palabra "hecho", usándola indistintamente para referirse a los hechos externos, los hechos percibidos y los hechos interpretados. Por ello no pueden dar cuenta de los problemas que pueden surgir entre el hecho externo y el hecho percibido (problemas de percepción) (González Lgier, 2013, pág. 21 y 22) y entre el hecho percibido y el hecho interpretado (problemas de interpretación) (González Lgier, 2013, pág. 22 a 24).

La otra actitud epistemológica que señala por oposición al objetivismo ingenuo, es el *escepticismo radical* (especialmente en el ámbito filosófico, mencionando a autores como J.W. Comman, G.S. Pappas, K. Lehrer y P.K. Feyerabend), según el cual o bien el mundo no es en absoluto independiente de los observadores (negándose la tesis de la objetividad ontológica), o bien siendo independiente, resulta por completo inaccesible a nuestro conocimiento porque nuestra percepción e interpretación del mismo está cargada de subjetividad (negándose la tesis de la objetividad epistemológica). En esta línea de pensamiento se ha sostenido *"...que el conocimiento objetivo es imposible porque los hechos que percibimos, o tal y como los percibimos, están "cargados de teoría" y son relativos a nuestros esquemas conceptuales y son relativos a nuestros esquemas conceptuales y valoraciones. Según estas teorías filosóficas, no hay "hechos brutos" o "puros", sino sólo "hechos teóricos", esto es, hechos interpretados a partir de teorías y/o valoraciones. Para los más radicales, como Feyerabend, "las observaciones (los términos observacionales) no están meramente cargados de teoría (la postura de Hanson, Hesse y otros), sino que son plenamente teóricos (los enunciados observacionales carecen de 'núcleo observacional')"; esto es, los hechos son completamente construcciones del observador. Los factores que "deforman" o "impiden" nuestra percepción de la realidad pueden ser teorías y concepciones generales acerca del mundo o algún aspecto del mismo, pero también valoraciones, intereses, factores psicológicos individuales, etc."* (González Lgier, 2013, pág. 25).

El referido autor hace mención de autores procesalistas españoles que muestran esta actitud epistémica escéptica al discutir si el objeto de la prueba en el proceso son los hechos o las afirmaciones sobre los hechos. Cita como ejemplo de una actitud escéptica a Asencio Mellado, quien al defender en forma tajante que el objeto de la prueba son las afirmaciones sobre los hechos, corre el riesgo de entenderse como una ruptura de la relación entre proceso, hechos y averiguación de la verdad. (González Lgier, 2013, pág. 26).

En la doctrina procesalista también podemos encontrar posturas escéptica respecto de cuál es el objeto de la prueba en el proceso, como es la de Couture que afirma: *"Tomada en su sentido procesal la prueba, es en consecuencia, un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio.*

La prueba civil no es una averiguación. Quien leyere las disposiciones legales que la definen como tal, recibiría la sensación de que el juez civil es un investigador de la verdad. Sin embargo, el juez civil no conoce, por regla general, otra prueba que la que le suministran los litigantes. En el sistema vigente no le está confiada normalmente una misión de averiguación ni de investigación jurídica. En esto estriba la diferencia que tiene con el juez del orden penal: éste sí, es un averiguador de la verdad de las circunstancias en que se produjeron determinados hechos." (Couture, 2010, pág. 197).

En base a esta opinión, considero que razonablemente puede entenderse que el autor no ve en la actividad probatoria en el proceso civil un fin epistémico: el juez se limita a conocer las proposiciones lingüísticas sostenidas por las partes del proceso, dentro de las cuales va a elegir la que le convenza más, pero no a corroborar si las mismas se corresponden con la realidad empírica pasada, por no ser un investigador de la verdad. Tal escepticismo considero que debe ser matizado por el uso de la expresión *"verificación"* que hace Couture, que reconectaría las afirmaciones intraprocesales con una realidad extraprocesal.

Este tipo de escepticismo no es seguido por toda la doctrina procesalista. En sus comentarios al Código General del Proceso (Véscovi, 1998, pág. 30), al tratar el objeto de la prueba se afirma contundentemente *"Los autores son contestes en sostener que lo que se prueban son los hechos históricos que invocan las partes. A lo que agrega el Profesor Parra Quijano que son los ´hechos y las afirmaciones´".* Abal Oliú (Abal Oliú, 2015, pág. 13) afirma que el fin de la prueba es *"...permitir al tribunal resolver acerca de la veracidad de las afirmaciones efectuadas por las partes sobre la existencia o inexistencia de hechos,..."*.

Respecto de la jurisprudencia relevada hasta ahora puede decirse que no es lo común que en sus sentencias los jueces (al menos los de segunda instancia, por ser éstas las sentencias recogidas en los repertorios), comúnmente problematicen el alcance epistémico a asignar a la prueba. De hecho, no lo hace. Como una excepción puede mencionarse la postura explicitada por el Tribunal de Apelaciones de lo Civil de 3er. Turno, en su sentencia N° 177/2011 del 06/06/2011 donde afirma que *"Como también este Tribunal tiene reiteradamente dicho (i.a., sentencias Nos. 36/99 y 38/99), que ´no puede pretenderse alcanzar la certeza absoluta; que la prueba judicial como la prueba histórica no conduce a la certidumbre absoluta y tiene por objeto convencer al Juez, en esta calidad, de la verdad de los hechos sobre que recae. Esta finalidad es lograda cuando existe para el Juez, sea según los datos de la experiencia o las reglas de la lógica, sea según las disposiciones de la ley, elementos de convicción suficientes para tener esos hechos como exactos.*

En materia judicial, la prueba no es nunca una prueba total... Pero también es claro que para condenar se requiere una prueba mínima, razonable, verosímil, suficiente para convencer sobre la verdad; que sobrepase la creencia subjetiva del Juez (la libre convicción), sinónimo de arbitrariedad´. Esta opinión podrías ser calificada (en los términos de González Lagier) de un *objetivismo crítico*, en la medida en que busca llegar a conocer los datos objetivos de la realidad, pero sin desconocer las dificultades que existen*"…que sea consciente de las dificultades para el conocimiento* (…) *pero que no caiga tampoco en la desilusión radical acerca de la posibilidad de aprehender datos (suficientemente) objetivos de la realidad. Por ello, el objetivista crítico debe someter a los hechos a un riguroso análisis para determinar en qué medida son independientes y en qué medida construcciones del observador, así como en qué casos podemos conocerlos con objetividad.*

Una herramienta fundamental para mantener esta actitud es la distinción anterior entre hechos externos, hechos percibidos y hechos interpretados:

1) Los hechos externos son objetivos en el sentido ontológico, esto es, su existencia no depende del observador. Quizá no hay un argumento definitivo a favor de esta tesis, pero es un presupuesto de nuestra vida tal como la desarrollamos. (…) Pero esta objetividad es insuficiente desde el punto de vista del conocimiento, pues no asegura que nuestro conocimiento de los hechos externos sea objetivo.

2) Los hechos percibidos son epistemológicamente subjetivos, en el sentido de que son relativos a una determinada capacidad sensorial.

3) Los hechos interpretados son epistemológicamente subjetivos, en el sentido de que son relativos al Transfondo, y éste puede variar de cultura a cultura y de individuo a individuo. La subjetividad que afecta a la interpretación de los hechos es relativa a un grupo social e incluso a un individuo. Sin embargo, si no abandonamos el sentido común, esto no tiene por qué conducirnos necesariamente a la desesperación. Si dentro de una misma cultura, o incluso entre culturas distintas, podemos comunicarnos en nuestra vida cotidiana, es porque nuestras interpretaciones de los hechos externos son suficientemente análogas o compartidas y, por tanto, existe suficiente base intersubjetiva como para poder juzgar cuándo una interpretación es correcta y cuándo no." (González Lgier, 2013, pág. 28 y 29).

5. Distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho

Esta extendida distinción hace referencia a la posibilidad de diferenciar entre la premisa fáctica del silogismo judicial (la prueba de los hechos del caso y su calificación jurídica) y la premisa normativa (la elección de la norma relevante y su interpretación). Pero esta distinción no es tan clara como aparenta. Para González Lagier (González Lgier, 2013, pág. 30 y ss.), lo que interesa al derecho son los *hechos interpretados* y no los *hechos externos* en sí mismos, por lo que puede afirmarse que los *problemas de prueba* y *problemas de calificación* no siempre son independientes de las normas.

No es posible sostener que los *problemas de calificación* jurídica son cuestiones exclusivamente de hecho porque el hecho calificado no existiría sin la norma jurídica que crea la clase genérica de hechos en las que se subsume el hecho individual (el hecho del caso).

No es posible afirmar que los *problemas de prueba* son problemas exclusivamente de hecho porque hay casos en que la prueba de los hechos no es independiente de las normas jurídicas, en el sentido de que el hecho así interpretado no existiría sin la norma, como sucede en el caso de:

a) la prueba de hechos jurídico-institucionales: son interpretaciones de hechos físicos generadas por reglas jurídico-constitutivas, como la prueba de la existencia de un testamento o un contrato de compraventa; por ello su descripción no es posible al margen de tales reglas, consistiendo su prueba en la existencia de determinados hechos físicos y/o mentales, y la existencia de una norma jurídica que correlaciona la

ocurrencia de tales hechos con una determinada interpretación. Por ejemplo, hacer un testamento.

b) la prueba de acciones no intencionales: una misma acción (vista como una secuencia de movimientos corporales) puede ser intencional bajo una determinada descripción y no intencional bajo otras descripciones. Las descripciones "Edipo se casó con Yocasta" y "Edipo se casó con su madre" son descripciones (o interpretaciones) distintas de una misma acción, pero mientras la primera la presenta como una acción intencional, la segunda lo hace como una acción no intencional. Cuando es una acción no intencional la que debe ser calificada jurídicamente, previamente hay que interpretarla como tal (como no intencional), y para ello hay que determinar la relevancia de alguna de las consecuencias del movimiento corporal, y, obviamente, el hecho de que tal consecuencia esté prevista en una norma jurídica le confiere suficiente importancia para que el juez acepte la interpretación no intencional de la acción. En sentido estricto, las acciones no intencionales no se describen, se imputan. Y si se hace desde la perspectiva del Derecho, no es posible escindir la decisión de imputar la acción no intencional de la selección e interpretación de la norma aplicable.

c) la prueba de la omisión: omitir no es lo mismo que no hacer una acción, sino no hacer una acción que se debía haber hecho, o sobre la cual existían expectativas de que se realizara. De manera que, cuando p es una omisión, "está probado p" quiere decir (1) que el agente no ha realizado determinado Movimiento Corporal, (2) que eso ha producido cierta consecuencia (en el sentido amplio de que el mundo no ha cambiado como esperábamos) y (3) que se esperaba que el agente hubiera realizado ese MC para producir el cambio ausente. Éste último elemento (la expectativa sobre ese determinado movimiento corporal) es lo que marca la diferencia entre interpretar este caso como un mero no hacer o como una omisión. Esta interpretación se hace a la luz de expectativas generadas por reglas o regularidades de conducta; en el caso del Derecho, estas reglas serán jurídicas, de manera que de nuevo se desdibuja la distinción entre cuestiones de hecho (prueba) y de Derecho.

d) la prueba de la relación causa-efecto: es necesario distinguir entre "contexto causal" (el conjunto de condiciones que han de darse para que se produzca el efecto) y

"causa" (la condición concreta que seleccionamos a la luz de criterios sociales o -en sentido amplio- normativos). Cuando el juez da por probado p, siendo p una relación entre una causa (no el contexto causal) y un efecto, está presuponiendo (1) que p, junto con el resto del contexto, produce el efecto; (2) que, en ausencia de p, el efecto no se produce dado el mismo contexto; y (3) que p es el elemento anormal en dicho contexto. Para determinar (3), es obvio que el juez puede verse influido por las normas jurídicas (por ejemplo, si ha habido infracción de un deber al producir p). Y en este caso, no es posible afirmar que la prueba de que p fue la causa del resultado lesivo es independiente de normas jurídicas.

La calificación jurídica opera con hechos pero es una operación interpretativa que no podría realizarse sin normas, y la prueba también está teñida de normatividad, porque en muchas ocasiones el proceso de prueba no sólo consiste en la verificación de hechos externos, sino en la configuración de una determinada interpretación de los mismos (previa a la calificación). A la interpretación que pretende descubrir alguna propiedad de un hecho (por ejemplo, si hubo intención o no), González Lagier la llama *interpretación descriptiva* y depende de una actividad propiamente cognoscitiva, en el sentido de que para determinar la presencia o no de tal propiedad debemos "mirar al mundo". En otras ocasiones la interpretación pretende la imputación de alguna propiedad (por ejemplo, la relevancia de una consecuencia o si una conducta era esperada o debida), y podemos hablar de *interpretación adscriptiva* y no depende de una actividad puramente cognoscitiva, en el sentido de que para determinar la presencia o no de tal propiedad no basta con "mirar al mundo", sino que también hay que "volver la cabeza" hacia las normas.

La reelaboración o debilitamiento de la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho muestra que en la argumentación en materia de hechos los aspectos fácticos y normativos se entrecruzan. La mencionada distinción no desaparece, ya que queda la prueba de los hechos externos en los que se basan las distintas interpretaciones sobre las que a su vez operará la calificación jurídica y queda la prueba de los hechos interpretados descriptivamente.

Pero ese debilitamiento de la distinción no implica que no la argumentación sobre hechos sea indistinguible de la argumentación sobre el derecho. Citando a Paolo Comanducci, González Lagier afirma que, mientras la argumentación sobre el Derecho trata de dar razones a favor de la conclusión según la cual una prescripción o valoración es justa (o buena, o correcta, o válida), la argumentación en materia de hechos trata de dar razones para apoyar la conclusión de que una

descripción es verdadera (o probable, o verosímil, o aceptable), o bien (como agregado a la definición de Comanducci), que la imputación de un hecho cuya atribución depende de normas es correcta.

En la doctrina procesalista uruguaya la distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho hace largo tiempo había sido ya sostenida por dos importantes autores: Dante Barrios y Gelsi Bidart.

Dante Barrios de Angelis, al analizar tal distinción respecto del recurso de casación penal (Barrios de Angelis, 1976, pág. 52 a 53), y cuestionándose si ontológicamente hecho y derecho son cosas diversas, razonaba:

"Si hecho es todo acaecer, tendremos que examinar detenidamente qué es tal acaecer en el caso. Será hecho la modificación física y la modificación química, ocurridas en el tiempo y en el espacio. También la modificación biológica que tiene marco temporal y espacial.

Pero ya cuando consideramos la región de lo psíquico comienza la inseguridad; este orden de fenómenos acaece en el tiempo; pero no podemos ubicarlo en el espacio: a lo sumo y en un orden convencional, es decir de tipo ideal, lo conectamos, con la entidad físico-químico-biológica construidas por el imputado X.

El hecho de que ocurrió un disparo, que su autor es X y que como consecuencia fue víctima Z, parecería constituir una indiscutible entidad de hecho.

A esta relativa precisión la enturbia, sin embargo, la circunstancia de que este objeto, considerado

desde el punto de vista de la existencia, no puede darse en el proceso sino bajo el punto de vista de la teoría del conocimiento. Lo que significa que el puro hecho puede existir por sí solo, como tal. Pero que en el proceso es indisoluble de su calidad como objeto, que es lo mismo que decir, como objeto del conocimiento; o sea, como cuestión. Y en cuanto cuestión, el disparo, la herida, la muerte de Z, la intención de matar de X son transportados idealmente, en problema; son cuestión, es decir, pensamiento.

Conclusión que permite su identificación con el derecho que es, por definición, pensamiento.

a) Al término de este breve itinerario genético, tendremos que llegar a la conclusión de que la diferencia ontológica entre cuestiones de hecho y cuestión de derecho, es sumamente condicionada.

Si bien puede aceptarse la distinción desde un punto de vista puramente existencial la misma se borra cuando cambiamos la perspectiva y ubicamos el objeto en el ámbito gnoseológico, el de la teoría del conocimiento.

Y puesto que existencia y conocimiento son inseparables, con evidente subordinación del primer punto de vista al segundo, en el proceso, tendremos que concluir en que la distinción hecho-derecho, no es válida; al menos, en los estrechos márgenes de una concepción ontológicamente exacta."

El autor efectúa la identificación entre hecho y derecho (en el proceso penal) mediante la reducción de lo factico (el disparo, la víctima y el imputado) a lo intelectual, aprehendido mediante el conocimiento y llevado así al proceso, donde opera el derecho positivo que también es un producto intelectual y que lo conocemos, también, mediante la teoría del conocimiento. Es así que, procesalmente, todo se encontraría en un mismo plano intelectual, ideal, no empírico.

Por su parte Gelsi al analizar el recurso de casación (Gelsi Bidart, 1989, pág. 565) afirma:

"En diferentes oportunidades hemos sostenido, como Barrios de Angelis que, desde el punto de vista de la lógica jurídica, la distinción total entre ambas cuestiones, no es viable.

La lógica siempre parte de ciertos pre-supuestos, entre los cuales no es el menor el de la razonabilidad del conocimiento. En el plano jurídico-positivo, entre dichos supuestos previos está la reglamentación que al respecto establece el orden jurídico vigente, al ocuparse de los medios con los cuales se reconstruye el pasado que importa para el proceso, es decir, básicamente, los medios de prueba en todos sus aspectos -universalidad o restricción; admisibilidad; oportunidad; pertinencia; avaluación ... - y la coincidencia de las partes en cuanto a los hechos significativos, en los procesos que se rigen por el principio dispositivo. No es, por lo demás, cualquier hecho, sino los hechos jurídicos -i.e. contemplados por e1 Derecho como factibles de tener significación en la vida jurídica, eficacia en la misma- los que han de tenerse en cuenta. En otros términos, la antigua distinción entre ´hecho bruto´ y hecho ´científico´ (que la Ciencia toma en cuenta y delimita) reaparece en la diversidad entre el ´puro hecho´ y el ´hecho jurídico´. Para el Derecho, el primero carece de significación, es siempre el segundo -sea o no idéntico al primero- el que ha de tomarse en cuenta.

En el plano del Derecho todo ha de considerarse 'sub specie juris' en cuanto tuviera importancia para aquél, en cuanto sea reconocido por el ordenamiento jurídico.

Esto, si cabe, es más claro aún, en el caso del proceso judicial o jurisdiccional, que es un instrumento eminentemente jurídico en cuanto a su organización y a su objeto; por lo cual todo se ´juridiza' al pasar por el mismo. No cabe siquiera pensar en una cuestión de puro hecho, que pueda separarse del Derecho: éste elige los elementos, los califica, indica de qué manera han de evaluarse, etc.

Por tanto, también carece de sentido crear esa distinción reservando la aplicación del derecho de manera paradojal a la hipótesis (si los hechos son tales) que se considera, en realidad, como categoría (los hechos que indica el Tribunal se realizaron efectivamente; la Corte no puede opinar en sentido diverso).”

En definitiva, lo que decía Gelsi Bidart es que los hechos que interesan al derecho, son los *hechos interpretados,* esos que establecemos mediante una interpretación de los datos sensoriales y que nos sirve para clasificarlos como un caso de alguna clase genérica de hechos, que va a estar descripta por una norma de derecho positivo (operación a la que llamamos *calificación jurídica*).

Bibliografia

Abal Oliú, A. (2015). Derecho Procesal (Vol. IV). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Atienza, Manuel. (2015). Razonamiento jurídico. En D. Gonzalez Lagier, Concpetos básicos del derecho (pág. 203). Madrid: Marcial Pons.

Barrios de Angelis, D. (1976). Distinción de las cuestiones de hecho y de derecho, en casación, con especial referencia al proceso final. Revista Uruguaya de Dereho Procesal(2), 51-56.

Couture, E. J. (2010). Fundamentos del derecho procesal civil (Vol. I). Montevideo: La Ley Uruguay.

Gascón Abellán, M. (2010). Los hechos en el derecho. Madrid: Marcial Pons.

Gelsi Bidart, A. (1989). ¿Apelación o casación ante el superior tribunal? Revista Uruguaya de Derecho Procesal(4), 562-568.

González Lagier, D. (2003). Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I). Jueces para la democracia(46), 18.

González Lgier, D. (2013). Quaestio facto. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción. México: Fontamara.

Instituto Uruguayo de Derecho Porcesal. (2015). Anuario de Jurisprudencia 2012-2013. Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 380-381, 773-831.

Instituto Uruguayo de Derecho Procesal. (2014). Anuario de Jurisprudencia de Derecho Procesal. Revista Uruguaya de Derecho Procesa, 773-831, 971-981.

Instutito Uruguayo de Derecho Procesal. (2012). Anuario de Jurisprudencia de Derecho Procesal. Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 606-652.

Tarigo, E. E. (2015). Lecciones de derecho procesal civil (Vol. II). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Vega Reñón, Luis. (2000). Razonamiento. En J. V. Muñoz, Compendio de Epistemología (pág. 487). Madrid: Trotta.

Véscovi, E. D. (1998). Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado (Vol. 4). Buenos Aires: Ábaco.

Bibliografía de uso indirecto

Nicastro, G. (2015). La casación penal y la prueba. *Revista uruguaya de derecho procesal.* (1), 21-49.

Chediak, J. y Nicastro, G. (2012). El recurso de casación en nuestros tiempos: la experiencia nacional a más de veinte años de la entrada en vigor del Código General del Proceso. *Revista uruguaya de derecho procesal.* (2), 1037-1050.