

DISCUSIONES AÑO III N° 3 PRUEBA, CONOCIMIENTO Y VERDAD (SEGUNDA EDICIÓN)

DISCUSIONES

AÑO III N° 3

PRUEBA, CONOCIMIENTO Y VERDAD



EDITORIAL
DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL DEL SUR

SEGUNDA
EDICIÓN

DISCUSIONES

— AÑO III N° 3 —

(SEGUNDA EDICIÓN)

PRUEBA, CONOCIMIENTO Y VERDAD



EDITORIAL
DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL DEL SUR

Director

Federico José Arena (Conicet, Argentina)

Secretaría de redacción

Daniela Domeniconi (Universidad Nacional de Córdoba)

Sofía Pezzano (Conicet, Argentina)

Comité Científico

Andrés Bouzat (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina)

Pierluigi Chiassoni (Università di Génova, Italia)

José Peralta (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Francisca Pou Giménez (ITAM, México)

Susanna Pozzolo (Università di Brescia, Italia)

Cristina Redondo (Conicet, Argentina)

Consejo Editorial

Juan Cumiz (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina)

Natalia Scavuzzo (Università di Genova, Italia)

Valeria Trotti (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Diego Dei Vecchi (Universitat de Girona, España)

*Editores de sección**Discusiones: Cortes.*

Flavia Carbonell (Universidad de Chile)

Carolina Vergel (Universidad Externado de Colombia)

Discusiones: Libros.

Lorena Ramírez (Universidad Pompeu Fabra, España)

Janaina Roland Matida (Universidad Alberto Hurtado, Chile)

Discusiones: Balance

Laura Manrique (Conicet, Argentina)

Pablo Rapetti (ITAM, México)

DIRECCIÓN POSTAL

Avda. Colón 50, planta alta, Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, CP B8000HZK, Argentina.

DIAGRAMACIÓN:

Fabían Luzi

Nota del director

En los primeros números de la revista, el entonces director, Pablo Navarro, presentaba a Discusiones del siguiente modo:

Con cierta frecuencia se afirma que los problemas filosóficos carecen de solución; que no hay progreso en filosofía. Estas afirmaciones se basan normalmente en la decepción que produce constatar que los mismos temas reaparecen una y otra vez en la agenda de discusión. Sin embargo, aún cuando fuese verdad que los problemas filosóficos no pueden ser resueltos de manera definitiva, es indudable que el modo en que los problemas son formulados es un aspecto importante de los cambios en las discusiones filosóficas. Esto significa que el debate en filosofía tiene un valor especial ya que es precisamente este intercambio racional de argumentos lo que clarifica los problemas y otorga vitalidad a sus nuevas formulaciones. El reconocimiento de la relevancia del debate filosófico y la necesidad de contribuir al mismo son las razones que nos impulsan a presentar DISCUSIONES como una revista dedicada al análisis de problemas de teoría del derecho, ética, filosofía política y social.

Como confirmación de estas palabras, durante la *1st Michele Taruffo Evidence Week* realizada en la ciudad de Girona, España en el año 2022, fue en más de una ocasión señalada la centralidad que tuvo el número tres de Discusiones, “Prueba, conocimiento y verdad”, originalmente publicado en el año 2003, para el desarrollo de los estudios de teoría de la prueba en habla hispana.

Ello explica también el sostenido interés por este número, manifestado con frecuencia por quienes leen la revista.

Por todo ello hemos decidido reeditar ese número, cuya versión en papel lleva años agotada. A tales fines, hemos contado con la amable colaboración de Daniela Accatino, quien escribe el prólogo. Además, para completar el debate hemos incluido el Balance de la discusión original, escrito por Diego Dei Vecchi y titulado “Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad”, publicado oportunamente en el número 13, 2-2013. Por último, hemos agregado una lista de referencias bibliográficas al final.

DISCUSIONES

AÑO III N° 3

(SEGUNDA EDICIÓN)

“PRUEBA, CONOCIMIENTO Y VERDAD” “EVIDENCE, KNOWLEDGE AND TRUTH”



JORDI FERRER BELTRÁN
DANIEL GONZÁLEZ LAGIER
(EDITORES)

ÍNDICE

Volver a la discusión sobre prueba, conocimiento y verdad. Prólogo para la reedición de <i>Discusiones</i> n.º 3. <i>Back to the Debate on Evidence, Knowledge, and Truth. Preface to the 2nd edition of Discusiones n. 3.</i>	7
DANIELA ACCATINO (<i>Universidad Austral de Chile, Valdivia</i>)	
Introducción. <i>Introduction</i>	13
JORDI FERRER BELTRÁN (<i>Universitat de Girona, España</i>)	
DANIEL GONZÁLEZ LAGIER (<i>Universidad de Alicante, España</i>)	
Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. <i>Remarks regarding the Relationship between Evidence and Truth</i>	23
MICHELE TARUFFO (<i>Università di Pavia, Italia</i>)	
Concepciones de la prueba. Observación a propósito de “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, de Michele Taruffo. <i>Conceptions of Evidence. A Note on Michele Taruffo’s “Remarks regarding the Relationship between Evidence and Truth”</i>	51
MARINA GASCÓN ABELLÁN (<i>Universidad de Castilla-La Mancha, España</i>)	

Sobre prueba y proceso penal. <i>On Evidence and Criminal Trial</i>	65
PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ (<i>Tribunal Supremo, España</i>)	
Verdad y prueba en el proceso acusatorio. <i>Truth and Evidence in the Adversarial System</i>	79
ANDRÉS BOUZAT (<i>Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina</i>)	
ALEJANDRO S. CANTARO (<i>Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina</i>)	
Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba. <i>Some Remarks on the Assessment of Evidence</i>	95
MICHELE TARUFFO (<i>Università di Pavia, Italia</i>)	
Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad. <i>Three Debates on the Relationship between Evidence and Truth</i>	113
DIEGO DEI VECCHI (<i>Universitat de Girona, España</i>)	

Volver a la discusión sobre prueba, conocimiento y verdad. Prólogo para la reedición de Discusiones n°3

*Back to the Debate on Evidence, Knowledge, and Truth.
Preface to the 2nd edition of Discusiones n. 3*

Daniela Accatino*

Resumen: En este breve prólogo repaso la relevancia que la obra colectiva contenida en el número III de Discusiones “Prueba, conocimiento y verdad” tuvo, entre otras cosas, respecto de la conformación de lo que se podría reconocer como la primera generación de teóricos de la prueba jurídica hispanohablantes. Señalo, asimismo, la importancia que tuvo para el desarrollo posterior de ciertos debates, principalmente, el referido a la concepción racionalista de la prueba.

Palabras clave: Michele Taruffo, Teoría de la prueba, Concepción racionalista, Primera generación

Abstract: In this brief prologue I review the relevance that the collective work contained in the issue number III of Discusiones “Evidence, Knowledge and Truth” had, among other things, for the conformation of what may be considered as the first generation of legal evidence theorists in the Spanish-speaking world. I also point out the importance that the issue had for the subsequent development of certain debates, mainly, the one referring to the rationalist conception of evidence.

Keywords: Michele Taruffo, Theory of Evidence, Rationalistic Conception, First Generation

* Abogada (Universidad de Chile) y doctora en Derecho (Universidad de Granada, España). Profesora en la Universidad Austral de Chile (Valdivia). Correo electrónico: daccatino@uach.cl

Volver, que es un soplo la vida, que veinte años no es nada... Es inevitable que resuene el famoso tango al pensar en el sentido de esta reedición del número 3 de la revista *Discusiones*, en el que varios autores fueron convocados a discutir un trabajo de Michele Taruffo sobre las relaciones entre prueba y verdad. Porque decir volver es afirmar una distancia, aunque luego se adviertan permanencias y continuidades, como las que relevaba el balance del estado de ese debate que realizó Diego Dei Vecchi en 2013 y que también se incluye en este volumen. Y, aunque parezca que volaron como en un soplo, los veinte años que nos separan de la publicación de *Discusiones* 3 marcan efectivamente una distancia que justifica revisitarla. El signo más elocuente de esa distancia es la imposibilidad de reabrir la conversación entre las mismas personas que la sostuvieron, debido a la muerte de Michele Taruffo en diciembre de 2020. Pero la otra cara de esa sentida ausencia es la presencia de muchas nuevas voces en la teoría de la prueba jurídica, la que se considera ya, además, como un campo asentado de investigación para la filosofía del derecho.¹ En este momento de consolidación y posta generacional tiene sentido, entonces, volver a una obra colectiva que representa un hito en la conformación de lo que se podría reconocer como la *primera generación de teóricos de la prueba jurídica* hispanohablantes. Hagamos primero un poco de historia para situar ese tiempo en el que, como dicen los editores Daniel González Lagier y Jordi Ferrer Beltrán, en la Introducción del Número 3 de *Discusiones*, la teoría de la prueba recién “comienza a contar” en el ámbito latino. Un impulso decisivo para la incorporación de la prueba al campo de intereses de la filosofía jurídica provino de dos obras publicadas iniciando la década de los noventa en Italia y de cuya traducción al castellano fueron responsables dos de los autores que participaron en el número que se reedita: *Diritto e*

¹ Esto, que para nosotros es una novedad, ha sido sin embargo lo habitual en el ámbito anglo-americano, donde tradicionalmente el derecho probatorio ha constituido una disciplina académica cultivada con cierta autonomía respecto del derecho procesal y que comprende una teoría general, que elabora un conjunto de conceptos generales transversales a las diversas regulaciones probatorias peculiares de cada tipo de procedimiento. Esta autonomía disciplinar del derecho probatorio en el ámbito anglosajón está unida además a un modo de abordar su estudio que comprende no solo el de las normas que la regulan sino también el del razonamiento probatorio, como defendiera ya a comienzos del siglo XX el influyente jurista Henry Wigmore (1913, pp. 3-4).

ragione, de Luigi Ferrajoli, publicada en 1989 y traducida por un equipo liderado por Perfecto Andrés Ibañez (1995) y el libro de Michele Taruffo *La prova dei fatti giuridici*, publicado en 1991 y traducido por Jordi Ferrer Beltrán (2001).² Los dos libros asumen una concepción del proceso -penal en el primer caso, civil en el segundo- en que la determinación verdadera de los hechos del caso tiene un lugar clave como ideal regulativo y se ocupan de la prueba como empresa epistémica, deteniéndose en cuestiones conceptuales y relativas al razonamiento probatorio a las que la literatura procesal no solía prestar atención. En los años siguientes esa aproximación fue asumida poco a poco por otros autores que comenzaron a escribir sobre prueba en clave teórica y con una mirada crítica hacia los esquemas conceptuales entonces predominantes en la cultura judicial. Los trabajos de Perfecto Andrés (1992a, 1994) y de Juan Igartúa Salaverría (1991, 1993a, 1993b, 1995) sobre la valoración de las pruebas y la motivación de los hechos en las sentencias penales fueron precursores en España. Luego el libro de Marina Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho* (1999), cerró esta década fundacional con una exploración sistemática de la conexión entre epistemología y concepciones de la prueba jurídica y con la asunción de una “epistemología moderadamente realista” como base para la propuesta de un “modelo cognoscitivista” de determinación judicial de los hechos, que hiciera posible la reconstrucción racional y la evaluación crítica de los diversos sistemas procesales concretos. Tomaba forma entonces lo que Diego dei Vecchi llama el “giro epistemológico en el tratamiento de la prueba jurídica”, caracterizado por “el trazado de puentes entre epistemología, derecho procesal y filosofía del derecho” (2013, p. 235). Unos puentes que las publicaciones de Daniel González Lagier sobre el concepto de hecho y los argumentos probatorios (2000, 2003a y 2003b) y las de Jordi Ferrer sobre las relaciones entre las nociones de prueba y verdad (2002) vinieron a reforzar en los años siguientes, justo antes de la publicación de *Discusiones 3*, número del que ambos son, como he mencionado antes,

² Aunque menos difundidos, fueron también significativos los trabajos sobre prueba de Giulio Ubertis (1992 y 1995) y Paolo Ferrua (1995 y 2000). Por otra parte, en algunos trabajos de los años noventa sobre razonamiento jurídico hay también referencias a la justificación de las premisas fácticas, como ocurre por ejemplo en Alchourron y Bulygin, 1991.

editores. Ese número de la revista *Discusiones* fue, hasta donde sé, la primera publicación periódica en castellano que dedicó especial atención a la reflexión teórica sobre la prueba jurídica y que reunió en una obra colectiva a los autores que entonces comenzaban a cultivarla. Fue, en este sentido, un espacio expresivo de la inicial articulación de esa primera generación de teóricos de la prueba, que luego colaborará en diversos proyectos académicos y redes institucionales que favorecerán, a su vez, la formación de nuevos investigadores en ese campo y el crecimiento de esa comunidad disciplinar, tanto en España como en Latinoamérica.

Pero esa publicación tuvo además un papel importante en la explicitación de una identidad teórica compartida, bajo la denominación de concepción “cognoscitivista” o “racionalista” de la prueba, que constituirá luego la base para las aproximaciones críticas a diversas doctrinas procesales o jurisprudenciales (Bayón, 2008) y también la arena en que se situarán los debates posteriores al interior de esa comunidad que iba constituyéndose (Accatino, 2019). Si bien Taruffo se había referido ya antes en *La prueba de los hechos* a la distinción entre varias concepciones sobre la prueba y sus funciones (1991, pp. 80ss. y pp. 349ss.) y Marina Gascón había propuesto en su libro un modelo cognoscitivista de fijación judicial de los hechos (1999, p. 45 y ss.), en *Discusiones 3* la definición de una concepción cognoscitivista de la prueba es tematizada específicamente, en particular a través del diálogo entre Taruffo, Gascón y Andrés y en la Introducción de Ferrer y González, donde se la asume además como punto de partida de un conjunto de desafíos que se delinean allí como un verdadero programa de trabajo para la teoría de la prueba jurídica. Se articulan así, por primera vez, de manera sistemática, las tesis distintivas de la concepción racionalista sobre la prueba jurídica- la tesis de la búsqueda de la verdad como fin preferente de la prueba jurídica, que reconoce a la averiguación de la verdad respecto de los hechos del caso prioridad como fin de la actividad probatoria y de la regulación jurídica de la prueba, y la tesis de la debida aplicación a la valoración de la prueba de los criterios de la racionalidad epistémica general- como sus presupuestos filosóficos. De hecho, una contribución que surge del diálogo de *Discusiones 3* es la asociación de la concepción cognoscitivista de la prueba con lo que se designa como epistemología “objetivista crítica” o “cognoscitivista crítica” y que se distanciaría, como

dice Gascón, tanto del escepticismo, “porque entiende que la objetividad del conocimiento radica en su correspondencia o adecuación a un mundo independiente”, como de un “realismo ingenuo”, “porque toma en serio las tesis sobre las limitaciones del conocimiento”, que resultan tanto de su naturaleza inductiva como de la mediación que ejercen en el conocimiento nuestras categorías y esquemas conceptuales.

Después de dos décadas en las que “la literatura con este enfoque” “proliferó exponencialmente” -como ya constataba Dei Vecchi en 2013- sin duda vale la pena volver hoy a esas formulaciones iniciales de la concepción racionalista de la prueba. Se podrá comprobar cómo se ha ganado en claridad en la formulación de algunas tesis, por ejemplo, a través de la aplicación de la distinción entre los varios sentidos en que hablamos de prueba -como dato o evidencia, como actividad, como resultado- para identificar qué relaciones se pueden establecer con la verdad. Sorprenderá también la casi ausencia de temas que hoy están en el centro de las controversias teóricas sobre la prueba, como el de los estándares de prueba (que se anticipan solo en el texto de Bouzat y Cantaro). Pero con seguridad se descubrirán análisis que conservan plena actualidad, como los que llevan a advertir en la Introducción que “un cognoscitivismo crítico tiene importantes retos que afrontar si quiere ser realmente crítico, y no ingenuo”. ¡Que continúen, pues, las Discusiones!

Introducción

Introduction

Jordi Ferrer Beltrán*
Daniel González Lagier**

Resumen: Probablemente, uno de los factores que impulsaron la teorización sobre la prueba judicial de los hechos ha sido la influencia de la obra de Michele Taruffo, profesor de la Universidad de Pavía. Este número de *Discusiones* gira también en torno a un trabajo de este autor, “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, donde expone sus principales opiniones sobre la relación entre el concepto de prueba y el de verdad. A su vez, este artículo es comentado, desarrollado y matizado por trabajos de Marina Gascón, Perfecto Andrés Ibáñez, y Andrés Bouzat y Alejandro Cantaro. Taruffo escribe luego una réplica.

Palabras clave: Michele Taruffo, Prueba de los hechos, Teoría de la prueba, Teorías de la verdad

Abstract: Probably, one of the factors that stimulated the theorization on the way facts are proved in the legal context has been the influence of the work of Michele Taruffo, professor at the University of Pavia. This issue of *Discusiones* also revolves around a work by this author, “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, where he presents his main opinions on the relationship between the concept of proof and truth.

* Universidad de Girona, España.

** Universidad de Alicante, España.

In turn, this article is commented on, developed and nuanced by Marina Gascón, Perfecto Andrés Ibáñez, and Andrés Bouzat and Alejandro Cantaro. Taruffo then writes a reply.

Keywords: Michele Taruffo, Factual Evidence, Theory of Evidence, Theories of Truth

1. Ha llegado a ser casi un lugar común comenzar un trabajo sobre la teoría de la prueba judicial de los hechos quejándose de la poca atención que los teóricos del Derecho (salvo en la cultura jurídica anglosajona) han prestado a estos temas. Sin embargo, en esta ocasión nos parece que sería equivocado comenzar así, porque parece que pueden detectarse síntomas que indican que esa tendencia comienza a invertirse. No es que haya habido un gran “estallido” de trabajos sobre la prueba y los hechos, ni que estos temas hayan alcanzado el mismo grado de atención que reciben otros (siendo sin embargo tan centrales como ellos), pero puede decirse que la teoría de la prueba “comienza a contar” para los teóricos del Derecho hispanohablantes. Empieza a superarse, así, una situación en la que cuestiones como el análisis conceptual de los distintos hechos que deben verificarse para aplicar el Derecho (acciones, omisiones, estados mentales, relaciones de causalidad, etc.), el tipo de razonamiento adecuado para la verificación de los enunciados sobre los hechos de un caso o el tipo de probabilidad o verosimilitud del que hablamos cuando el juez da por probado un hecho, entre otras, han sido prácticamente ignoradas por los filósofos del Derecho y también por los procesalistas. Los primeros porque han estado más preocupados por las nociones de norma y por el estudio, desde una perspectiva estática o dinámica, del sistema normativo, o por conceptos jurídicos fundamentales como el de deber, sanción o responsabilidad (pero no por el de causalidad o el de acción, por ejemplo)¹. Los segundos, porque han concebido la teoría de la prueba procesal casi exclusivamente como el estudio y sistematización de las normas jurídicas que la regulan, sin preocuparse

¹ Además, cuando la atención del filósofo del derecho se ha puesto en la justificación de las decisiones judiciales, el punto de mira ha sido casi siempre la denominada *questio iuris* y, más concretamente, la justificación de las decisiones interpretativas.

de su aspecto teórico. Unos y otros, por tanto, inmersos en una especie de “falacia normativista”². Probablemente, uno de los factores importantes en este “despegue” de la teorización sobre la prueba judicial de los hechos ha sido la influencia de la obra de Michele Taruffo, profesor de Derecho Procesal Comparado y Derecho Procesal Civil de la Universidad de Pavía, especialmente desde la publicación de su obra -recientemente traducida al español- *La prueba de los hechos*³. Este número de Discusiones que ahora presentamos gira también en torno a un trabajo de este autor, *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*, donde expone sus principales opiniones sobre la relación entre el concepto de prueba y el de verdad. A su vez, este artículo es comentado, desarrollado y matizado por trabajos de Marina Gascón, Perfecto Andrés Ibáñez, y Andrés Bouzat y Alejandro S. Cantaro (a los que posteriormente contesta Michele Taruffo).

2. En este trabajo Taruffo sugiere que, dado que aplicar el Derecho correctamente consiste en comprobar si se ha producido el supuesto de hecho de la norma y extraer la consecuencia jurídica prevista en ella, entonces la justificación de las decisiones judiciales parece tener como condición necesaria la verdad (o, al menos, una aproximación a la verdad) de los enunciados que las fundamentan. La prueba puede verse entonces como el instrumento para tratar de averiguar esta verdad. Y si esto es así, el problema de las relaciones entre prueba y verdad, esto es, el problema discutido aquí, aparece como un tema transversal que reaparece en todos los “capítulos” que podríamos encontrar en la “parte general” de una Teoría de la Prueba en el ámbito jurídico: (i) El concepto y la finalidad de la prueba; (ii) el objeto de prueba; (iii) la práctica de la prueba (esto es, el estudio de las reglas que regulan el procedimiento probatorio); (iv) la valoración de la prueba; y (v) la motivación de la declaración de los hechos probados.

Así, si nos planteamos el concepto y la finalidad de la prueba, nos encontramos con que ésta puede verse como un instrumento para determinar cuándo es razonable sostener que un enunciado parece verdadero, a la luz de la información de que disponemos, de manera que la finalidad de

² Al respecto de la falacia normativista, véase González Lagier (2003a).

³ Taruffo, 2002a.

la prueba es la verdad, sin que ello implique sostener la equivalencia entre las expresiones “enunciado probado” y “enunciado verdadero”. Si nos planteamos el objeto de prueba, esto es, qué tipos de hechos son los que pueden integrar el razonamiento judicial, nos encontramos con el problema de determinar el impacto que las normas jurídicas (pero no sólo: también las convenciones sociales y los esquemas de interpretación culturalmente fijados) tienen en su selección, individualización y descripción, y la relativización que ese impacto puede provocar en su valor de verdad o falsedad. Desde el punto de vista de la práctica de la prueba y sus garantías, el problema es diseñar un procedimiento probatorio que procure un equilibrio entre la finalidad de la prueba (la averiguación de la verdad), por un lado, y las garantías que deben respetarse y las limitaciones necesarias por razones prácticas, por otro. El análisis de los criterios de valoración de la prueba deberá dirigirse a obtener criterios que nos permitan determinar cuándo un enunciado está probado, es decir, cuándo es razonable considerar que ese enunciado es verdadero, a la luz de la información de la que disponemos. Y, por último, el estudio de la motivación de la declaración de hechos probados será el estudio de los instrumentos para mostrar (hacia terceros) las razones que justifican dicha declaración.

3. Las principales tesis que Taruffo expone en el trabajo que aquí se incluye son las siguientes:

- i) No existen diferencias esenciales entre los enunciados sobre hechos que constituyen el objeto de la prueba judicial y los enunciados sobre hechos que podemos encontrar fuera del proceso.
- ii) Los enunciados sobre hechos que constituyen el objeto de la prueba judicial son enunciados que pueden ser verdaderos o falsos.
- iii) El significado de estos enunciados, así como su valor de verdad o falsedad, es relativo a un contexto, como ocurre con muchos otros enunciados factuales.
- iv) La prueba no sólo es un instrumento de persuasión del juez (como sostiene la concepción persuasiva de la prueba), sino un instrumento de conocimiento.

- v) La justicia de una decisión tiene como condición necesaria la verdad de los enunciados factuales que la fundamentan.
- vi) La única teoría de la verdad que tiene sentido en el proceso es, para todos los tipos de hechos, la teoría de la verdad como correspondencia.

Con estas tesis, Taruffo asume una posición acerca de la relación entre prueba y verdad que podríamos llamar (siguiendo la sugerencia de Marina Gascón en este mismo volumen) “cognoscitivismo crítico” (por contraposición con un cognoscitivismo acrítico o ingenuo). El “cognoscitivismo crítico” se podría caracterizar con tres tesis: (a) Entre prueba y verdad existe una conexión teleológica (la finalidad de la prueba es la averiguación de la verdad de determinados enunciados), pero no conceptual⁴ (decir que un enunciado ha sido probado no es decir que es verdadero, en términos absolutos, sino que es el que parece verdadero a la luz de la información disponible); (b) la verdad de un enunciado factual consiste en su correspondencia con los hechos a los que se refiere; (c) el significado y el valor de verdad de un enunciado factual es relativo a un contexto, lo cual no quiere decir que su determinación sea imposible, sino que sólo puede hacerse dentro del marco de ese contexto (esta tesis diferenciaría el cognoscitivismo crítico del acrítico al abrir la puerta a aquellas teorías del conocimiento que señalan la intrínseca conexión entre nuestro conocimiento y nuestros esquemas de pensamiento y juicios de valor, sin concederles que esa conexión haga imposible la objetividad del mismo).

4. Podría pensarse que el “cognoscitivismo crítico” no es una concepción polémica de la prueba, dado que parece de sentido común tanto que la prueba es un instrumento para tratar de averiguar la verdad de los enunciados sobre los hechos del caso como que la averiguación procesal de la verdad tiene sus límites. Sin embargo, como suele ocurrir con otras afirmaciones de sentido común, la cuestión no es tan fácil una vez que se examina detenidamente. Ello hace que sea necesario advertir de la existencia de concepciones distintas de la prueba y su relación con la verdad.

⁴ Sobre la distinción entre las relaciones teleológica y conceptual entre prueba y verdad véase Ferrer Beltrán (2002).

Como señala Marina Gascón en el trabajo que aquí se publica, además de las concepciones del proceso que se basan en una epistemología constructivista, según la cual es imposible un conocimiento objetivo de la verdad porque nuestro conocimiento del mundo deriva de nuestros esquemas de pensamientos y juicios de valor (por lo que la finalidad de la prueba, y del proceso en general, no es la averiguación de la verdad sino otro tipo de metas, como la persuasión del juez), es fácil advertir un “cognoscitivismo acrítico”, que se caracterizaría por concebir la prueba judicial como un proceso guiado por reglas seguras que permiten obtener resultados incuestionables, con lo que se desdibujan las diferencias entre las nociones de “hecho probado” y “hecho verdadero”. Esta concepción estaría detrás, por ejemplo, de los modelos de prueba legalmente tasada. Pero también estaría detrás (como señala esta autora y analiza Perfecto Andrés Ibáñez en su aportación) de quienes entienden la libre convicción del juez como impresión directa, inmediata, personal y, por tanto, no discutible ni justificable racionalmente. Precisamente, Perfecto Andrés Ibáñez destaca la conexión entre esta concepción de la “libre convicción” y la excesiva confianza en el “principio de inmediación”, y pone de manifiesto que, lejos de ser sólo una postura teórica, está bien presente en la práctica judicial cotidiana.

Por último, Andrés Bouzat y Alejandro S. Cantaro plantean una matización importante a la afirmación de Taruffo, que señalábamos antes, según la cual una decisión judicial no puede ser justa si se funda en una comprobación errónea de los hechos. Para ello, echan mano de una distinción de Ricardo Caracciolo entre la justificación de la norma individual que constituye la parte resolutoria de la sentencia y la justificación de la decisión (entendida como la acción del juez de decidir el caso en un sentido determinado), señalando que es posible que el contenido de esa decisión (la norma individual resultante) no esté justificada (porque no se base en enunciados verdaderos sobre hechos), pero sí lo esté la decisión (esto es, la acción del juez de tomar esa decisión). Además, esta distinción, junto con la consideración del proceso como un caso de justicia procesal imperfecta (esto es, un caso en el que seguir el procedimiento no es suficiente para justificar el resultado), lleva a afirmar que el proceso correctamente desarrollado garantiza una decisión judicial justificada, pero no una norma individual justificada. Su aportación se extiende también al papel del juez en el sistema acusatorio, defendiendo

una posición más restrictiva que la de Taruffo acerca de cuáles deben ser sus facultades.

5. Estamos de acuerdo con Taruffo en que los distintos ataques al “cognoscitismo” (de los que este autor se ocupa más ampliamente en el capítulo I de La prueba de los hechos jurídicos) no son suficientes para provocar su rechazo, pero sí ponen de manifiesto que un cognoscitismo crítico tiene importantes retos que afrontar si quiere ser realmente crítico, y no ingenuo, y que queda bastante trabajo por hacer. Hay que determinar cuál es la incidencia de los distintos tipos de reglas procesales (presunciones, reglas de admisión de pruebas, etc.) en la aproximación a la verdad; hay que determinar cuáles son los criterios más fiables para valorar la prueba, lo que puede traducirse en cuáles son los criterios para determinar la correspondencia entre los enunciados y la realidad; hay que establecer la relación entre valoración de la prueba y motivación de la declaración de hechos probados; etc. Pero quizá uno de los retos más difíciles al que se enfrenta el cognoscitismo crítico es el que tiene que ver con el papel de las normas y convenciones (en un sentido amplio, que incluye prácticas sociales y culturales) en la “construcción” de los hechos. Hay que determinar también, por tanto, qué parte de razón tiene la epistemología constructivista y cómo afecta esa parte de razón que se le conceda a la defensa de una teoría de la verdad como correspondencia. Esto es, hay que determinar qué es lo que queda de genuinamente empírico en la tarea de probar los hechos.

Una estrategia para ello puede ser la de huir de generalizaciones (del tipo “los hechos son lo que las teorías dicen que son”), que suelen llevar a un escepticismo radical, y atender individualmente a los diferentes tipos de hechos con los que la prueba tiene que enfrentarse. Una persona es acusada de matar a otro; una segunda es acusada de no haber ayudado a otra en peligro; una tercera, de haber distribuido una sustancia cuya ingestión ha provocado graves daños en la salud de los consumidores; un cuarto sujeto ha disparado sobre otro, sin que haya quedado claro si su intención era matarle, herirle o meramente asustarle. Estos no son ejemplos extraños, sino en todo similares a los casos que se plantean en el proceso. Si tratamos de clasificar los hechos que en estos casos se deben enjuiciar, nos encontramos con que pertenecen a distintos grupos, con características muy distintas entre sí: acciones, omi-

siones, intenciones, relaciones de causalidad, acciones no intencionales, etc. Probablemente, resulte imposible un tratamiento conjunto de todos ellos desde la perspectiva de la prueba. Un análisis conceptual de estos tipos de hechos es necesario para determinar qué es lo que hay que probar en cada caso y qué tipo de razonamiento es el que lleva a afirmar que uno de estos hechos ha tenido lugar. Por ejemplo, de acuerdo con la noción más extendida de omisión, no todo no hacer algo es una omisión, sino sólo no hacer algo que -por alguna razón: un hábito, un deber, etc.- se esperaba que fuera hecho. Hay entonces un componente normativo o, al menos, cuasi-normativo, en la prueba de la omisión: no sólo hay que probar que algo no fue hecho, sino que debía haberse realizado o que existía una expectativa. ¿Hasta qué punto puede reducirse entonces la prueba de la omisión a una cuestión empírica de correspondencia con la realidad? Complejidades semejantes surgen si tratamos de establecer la existencia de una relación de causalidad entre dos eventos (¿por qué seleccionamos uno como causa del efecto, entre todas las condiciones que han estado presentes y que han sido necesarias para que se produzca el efecto?) o si tratamos de probar un hecho psicológico (donde la atribución de intenciones, creencias, etc. se realiza a partir de ciertas reglas o presunciones que unen las manifestaciones externas de la conducta con la suposición de la existencia del hecho interno, sin que tengamos ningún medio de comprobación de la corrección de esas presunciones). Todas estas dificultades parecen indicar que la prueba de muchos tipos de hechos es una combinación de comprobación empírica y adscripción. Esto es, dentro de lo que tradicionalmente se ha considerado “ámbito de la prueba” hay muchos espacios que no son estrictamente empíricos. Taruffo da cuenta de muchos de ellos en *La prueba de los hechos*: son los problemas de relevancia jurídica, de selección, recorte, individualización y calificación de los hechos que hay que subsumir en el supuesto de hecho de la norma. Pero quizá el problema vaya más allá y en todos estos tipos de hechos (ya en una fase previa a su contacto con el Derecho) pueda distinguirse entre un “núcleo duro”, que sí sería objeto de una teoría de la verdad como correspondencia, y un “núcleo blando” o “interpretado”, donde los juicios de valor tienen un papel relevante en la identificación e individualización del hecho.

En todo caso, lo que estas consideraciones muestran con seguridad es que una teoría de la prueba debe insertarse en un programa de investigación más

amplio y verse como parte de una Teoría de los Hechos en el Derecho (en la que el análisis de conceptos como el de causalidad, acción o intención debería tener un lugar importante). Sólo desde esta perspectiva más amplia puede el cognoscitivismo crítico evitar simplificaciones y afrontar el reto que la epistemología constructivista plantea, sin caer en su escepticismo paralizante.

Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*

*Remarks regarding the Relationship between
Evidence and Truth*

Michele Taruffo**

Resumen: A partir de una serie de ejemplos de enunciados fácticos, el autor realiza un conjunto de observaciones sobre el modo en que su verdad puede ser establecida, su naturaleza semántica y la manera en que este análisis se inserta en el contexto del proceso judicial.

Palabras clave: Enunciado fáctico, Declaraciones, Relevancia lógica, Relevancia jurídica, Verdad

Abstract: Based on a series of examples of factual statements, the author makes a set of observations on the way in which their truth can be established, its semantic nature and the way in which this analysis may be inserted in the context of the judicial process.

Keywords: Factual Statement, Declarations, Logical Relevance, Legal Relevance, Truth

* Traducción de Maurizio Betti y Rodrigo Coloma. Revisión de Jordi Ferrer Beltrán.

** Università di Pavia, Italia.

1. Enunciados fácticos

A los efectos de iniciar el análisis, propongo tomar en consideración algunos enunciados, elegidos al azar entre los infinitos posibles:

- (1) El 2 de enero de 2002 la *Federal Reserve* estadounidense redujo la tasa de interés en un 0,5%.
- (2) La tasa de interés preferente aplicada por la mayoría de los bancos chilenos, en diciembre de 2002, fue de un 6%.
- (3) Con fecha F el banco B compró por orden del inversionista I vales de prenda *warrant* por un valor de cincuenta millones de pesos.
- (4) El adulterio repetido y manifiesto de A ha hecho imposible que continúe la convivencia conyugal entre A y B.
- (5) El precio acordado entre A y B para la venta del bien X fue de diez millones de pesos
- (6) El día D a la hora H en el lugar L, A disparó a B una bala que le llegó al corazón y le provocó la muerte.

Expondré ahora algunas observaciones simples respecto a estos enunciados, subrayando elementos comunes así como algunas diferencias:

a) Las proposiciones expresadas por los enunciados (1)-(6) son todas *declarativas*. De hecho, los enunciados en cuestión pueden ser verdaderos o falsos; tienen como objeto circunstancias que, aunque puedan contener implicaciones valorativas y —como podremos ver— son en alguna manera, social y culturalmente “construidas”, pueden darse o no darse en el mundo de las experiencias concretas.

b) Las situaciones descritas por los enunciados (1)-(6) son todas, de alguna manera, relevantes para la vida, la riqueza o el destino de muchas personas: muchísimas en el caso de los enunciados (1) y (2), algunas en los otros casos. Sin embargo, lo importante es que la relevancia de estas situaciones se manifiesta en la medida en que éstas se han producido realmente, es decir si los enunciados (1)-(6) son verdaderos. La cuestión es obvia pero merece una reflexión. Por ejemplo, la circunstancia descrita por (1) es importantísima para la economía mundial sólo si el enunciado (1) es ver-

dadero; si es falso no se verifica ninguna consecuencia. Del mismo modo, la circunstancia descrita por (6) es importantísima para la suerte de A, el cual tendría que ser condenado por homicidio, pero naturalmente esta consecuencia se debe dar para A sólo si el enunciado (6) es verdadero; si no es verdadero, entonces A debería ser absuelto y permanecer libre.

En concreto, lo que cuenta verdaderamente no es la mera enunciación de (1)-(6) por alguien, sino el hecho que estos enunciados sean verdaderos o falsos. Si son verdaderos, cada uno de ellos produce una serie de consecuencias de distinta naturaleza; si son falsos, no se produce ninguna consecuencia o se producen consecuencias diversas. Por ejemplo, no es suficiente que la CNN cuente (1): si (1) no es verdadero (cualquier cosa que ello signifique), no sucede nada. Análogamente, no basta que B afirme (4): si (4) no es verdadero, no se dará el presupuesto de la separación conyugal por responsabilidad de A.

c) Dado que lo que importa respecto a la producción de determinadas consecuencias es si los enunciados (1)-(6) son verdaderos o falsos, los sujetos interesados (inversionistas, bancas, contratantes, cónyuges, partes procesales, abogados, jueces) deben establecer si uno u otro enunciado es verdadero o falso, como premisas de las acciones o comportamientos a seguir (decisiones financieras, contractuales, personales, judiciales). En síntesis, establecer la verdad o la falsedad de estos enunciados es un problema que puede plantearse, y puede ser resuelto, en cualquier ámbito de la experiencia, incluso en el del proceso. Los sujetos que, de cuando en cuando, deben resolver problemas relacionados con las consecuencias de las circunstancias descritas en (1)-(6) tratarán — se supone— de comportarse de manera racional, de establecer con la máxima certeza si los enunciados en cuestión son o no verdaderos. Por ejemplo, el gran operador financiero que debe tomar decisiones sobre importantes inversiones tratará de establecer con certeza, posiblemente absoluta, si la CNN ha dado una noticia verdadera cuando ha afirmado (1), o si se trata de una noticia falsa o aún no confirmada.

d) Los enunciados (1)-(6) pueden ser relevantes en el contexto de un procedimiento judicial. Así, por ejemplo, (1) y (2) pueden ser relevantes para

establecer la tasa que debe usarse para el cálculo de los intereses que A le debe a B; (3) sirve para establecer el monto de la deuda de C al banco B; (4) sirve para establecer de quién es la responsabilidad de la separación; (5) sirve para establecer cuánto le debe el comprador al vendedor; y (6) sirve para establecer si A es o no culpable de homicidio. Esta relevancia puede darse o no en los contextos judiciales, y provocar diferentes consecuencias, dependiendo si (1)-(6) son verdaderos o falsos: está claro, de hecho, que la decisión que tomará el juez será diferente si es verdadero que el precio fijado es aquél que se indica en (5) o si (5) es falso porque el precio establecido era otro, y así sucesivamente.

e) El significado de todos los enunciados en cuestión sólo puede ser determinado de manera *contextual*. De hecho, para entender el sentido de estos enunciados es necesario conocer, o al menos presuponer, contextos específicos que, en todo caso son bastante especiales y muy complejos. Por ejemplo, para entender el significado de (1) se hace necesario considerar el contexto financiero norteamericano y la economía mundial; (2) tiene sentido solamente en el contexto de las relaciones bancarias; (3) tiene sentido sólo en el contexto del mercado de los llamados “derivados financieros”; (4) tiene sentido sólo en el contexto de las relaciones conyugales entre A y B; (5) tiene sentido sólo en el contexto de relaciones contractuales entre A y B; (6) tiene un sentido diverso dependiendo del fáctico general al que se refiera (por ejemplo: si A y B son soldados enemigos, y A mata a B durante un combate, esto no transforma a A en un homicida). Naturalmente, la relevancia de (1) y (6) puede depender también —y así sucede generalmente en el proceso— de los contextos jurídicos, que también determinan el significado de los enunciados en cuestión.

El hecho que el significado de los enunciados sólo pueda ser individualizado desde el interior de determinados contextos, y que, por lo tanto, sea de varias maneras (más de una simultáneamente) *context-laden*, es muy importante para entender la naturaleza de estos enunciados y para definir en cada caso las coordenadas dentro de las cuales se puede establecer la verdad o falsedad. Sin embargo esta situación, es decir la relatividad contextual de los enunciados en cuestión, no quita que ellos sean relevantes en diferentes situaciones (procesales y extraprocerales), pero sobre todo

no quita que su relevancia esté ligada con su propia verdad o falsedad. Esto es así, dado que —como ya se ha dicho— los enunciados no generan determinadas consecuencias por el hecho de haber sido declarados por alguien, sino por haber sido establecidos como verdaderos en el marco de un contexto de relevancia.

1.1. La construcción de los enunciados fácticos

La naturaleza y la relatividad contextual de los enunciados fácticos exigen un análisis más detenido, que sólo puede hacerse a partir de la premisa de que un enunciado fáctico nunca está *dado* por sí mismo en situación alguna, sino que es formulado por alguien en una situación concreta y, generalmente, con una finalidad específica. Respecto del propósito de la enunciación de un hecho se harán algunas observaciones más adelante, al hablar del contexto del proceso. Aquí es útil subrayar que la formulación de un enunciado fáctico deriva de la *construcción* del enunciado que realiza el sujeto que lo formula. Esta construcción es una actividad compleja, que en algunos casos conlleva operaciones diversas y complicadas, de las cuales el enunciado fáctico es sólo el resultado final.

Estas operaciones “constructivas” se pueden reagrupar sistemáticamente en varias categorías.

a) Ante todo, puede hablarse de *construcción selectiva* para hacer referencia al hecho de que cualquiera que formule un enunciado fáctico debe realizar una serie de elecciones mediante las que se excluye todo lo que no interesa incluir en el enunciado (en ese momento o a los efectos de las finalidades por las que es formulado), es decir, una infinita variedad de circunstancias, y expresa únicamente aquello que se considera relevante, esto es, pocas circunstancias y posiblemente simples. Esto es así frente a la infinita complejidad de la realidad y a su infinita descomponibilidad, frente a la infinita pluralidad de puntos de vista desde los que cualquier circunstancia puede ser observada, que a su vez produce lo que Susan Haack entiende como pluralidad de descripciones verdaderas de la realidad.

En el contexto del proceso entran en juego dos criterios de relevancia que operan como *estándares* de elección de la descripción del hecho que se enuncia: la relevancia *jurídica* y la relevancia *lógica* del hecho del cual se habla. La relevancia jurídica deriva de la calificación del hecho según la norma que se le aplique, a los efectos de la decisión. En consecuencia, es la norma (o mejor dicho: la *abstrakte Tatbestand* definida por la norma) la que opera tanto como criterio de selección de las connotaciones del hecho que se consideran importantes, como de exclusión de las innumerables connotaciones del hecho que no interesan a los efectos de su aplicación. Así, entre las innumerables posibles descripciones de aquel hecho, se selecciona aquella que permite que el hecho sea jurídicamente cualificado según la norma aplicable (se habla de hechos jurídicos, principales, constitutivos, materiales, etc.). La relevancia lógica caracteriza aquellos hechos que no son jurídicamente calificados por norma alguna, pero que, sin embargo, pueden entrar en el proceso en la medida en que a través de su conocimiento se pueden extraer conclusiones útiles para demostrar la verdad o falsedad de un hecho jurídicamente calificado. En ese caso, el criterio de relevancia, y por lo tanto el contenido del enunciado que da cuenta de ese hecho —que se acostumbra denominar como *secundario, simple, indiciario o circunstancial*— está constituido por la formulación de una inferencia (de allí la naturaleza lógica de este concepto de relevancia) capaz de relacionar el hecho secundario con un hecho principal transformando al primero en la premisa de una conclusión referida al segundo. Entre las infinitas descripciones posibles de un hecho secundario, se elige entonces la que permita la formulación de una inferencia de ese tipo, excluyendo aquellas que no tengan dicha función.

b) Se puede hablar, además, de *construcción semántica* del enunciado fáctico. Precisamente, el hecho de que sea un enunciado, es decir, una entidad lingüística dotada de un significado comprensible, implica que su formulación se realice usando correctamente un determinado lenguaje y sus reglas (gramaticales, sintácticas, lógicas). Entre los muchos lenguajes posibles y entre los muchos usos posibles de un lenguaje, la formulación de un enunciado fáctico conlleva elecciones muy precisas, con la finalidad de determinar la forma lingüística más oportuna y más eficaz para expresar el significado del enunciado. Entre ellas, una elección especialmente importante es la que se

plantea entre el uso de términos *descriptivos* y el uso de términos *valorativos*. De hecho, es evidente que, aunque no cambie el referente empírico del enunciado, es decir el hecho material del cual se está hablando, el significado del enunciado mismo cambia dependiendo si se quiere expresar descripciones o valoraciones del mismo hecho. En el contexto de un proceso esta diferencia puede ser muy relevante, por ejemplo, para aplicar la regla según la cual el testigo no puede expresar valoraciones sino sólo comunicar su conocimiento; o bien respecto al problema de qué significa “probar” un enunciado de hecho según si se considera descriptivo o valorativo.

c) Se debe tener en consideración, además, la *construcción cultural* del enunciado fáctico. Cada enunciado relativo a la conexión entre eventos implica el uso de categorías de interpretación de la realidad en función de las cuales dichas conexiones se construyen y su significado cambia según las categorías que se utilicen para formularlo. Por ejemplo, una cosa es usar la categoría de *causa* en lugar de la de *probabilidad* para decir que X es consecuencia de Y; otra cosa es hacer referencia a un espacio cartesiano en lugar de un espacio con n dimensiones; otra es razonar presuponiendo una concepción lineal y discreta del tiempo en lugar de la curva espacio-tiempo, etc. La construcción específicamente cultural tiene que ver con el hecho de que los presupuestos éticos, políticos, consuetudinarios o religiosos a menudo juegan una función importantísima para determinar las modalidades con que un hecho se describe, imponiendo la selección inclusiva y exclusiva de los diferentes aspectos de ese hecho en función de sus significados culturales. Un musulmán y un católico pueden describir un hecho de manera, al menos, parcialmente distinta, del mismo modo que sujetos con orientación política diversa puede atribuir significados simbólicos diferentes al color de una bandera.

d) Finalmente, es necesario tener en consideración la *construcción social* del enunciado fáctico. Este tipo de construcción se vincula con el importantísimo fenómeno que Searle denomina “construcción de la realidad social”, y que hace referencia a la llamada teoría de los hechos institucionales. Como es sabido, se trata de aquellos hechos cuya existencia y determinación no está en función de una referencia empírica o material directamente perceptible,

sino más bien en función de contextos sociales que “crean” y definen determinados hechos. El ejemplo del dinero, que presenta Searle, es muy significativo, pero muchos otros hechos institucionales (como la mayoría de edad, el *estatus* familiar, la posesión de un título de estudios, etc.) se pueden definir solamente en función del contexto social (político, jurídico, económico e institucional) dentro del cual son concebibles como “hechos”. Se puede afirmar que un hecho viene enunciado de un modo determinado en función de su ubicación en un contexto institucional. Por lo tanto, podemos decir que el enunciado *incorpora* la configuración institucional del hecho.

Los elementos relacionados con las diferentes dimensiones de construcción de un enunciado fáctico se pueden identificar en forma ágil en cualquier enunciado, incluso en los enunciados de (1) a (6) que han sido propuestos al inicio a manera de ejemplos. Respecto a ello no es necesario hacer aquí un análisis detallado, pero algunos comentarios pueden resultar útiles.

Por ejemplo, los enunciados (1), (2) y (3) se refieren a circunstancias que pueden considerarse “existentes” sólo en el mundo de las transacciones financieras, y que no se pueden encontrar en el mundo de la realidad empíricamente verificable. Aquí cobra utilidad el discurso de Searle respecto a las realidades *socialmente construidas*, en las cuales lo que cuenta no es el aspecto empírico (si es que existe, aunque no siempre existe o es perceptible), como el sonido, las imágenes, el papel escrito, etc., sino más bien el conjunto de convenciones, de conexiones y de símbolos, en función de los cuales, por ejemplo, un billete es dinero y no un simple pedazo de papel coloreado. Consideraciones en buena medida análogas, se pueden hacer también en relación con los demás enunciados. Por ejemplo, respecto a (4) se puede decir que el adulterio tiene una evidente connotación empírica (que aquí no es necesario describir en sus detalles); sin embargo, la práctica de las relaciones sexuales entre A y C no es importante sino en un contexto social y éticamente construido en el cual dicho comportamiento es considerado moralmente de manera negativa (aunque muchas veces no sea castigado por el derecho penal), considerando así justificada la reacción negativa de B, consistente en considerar intolerable la convivencia conyugal con A. En un contexto social, moral o religioso, en el cual una relación sexual con persona distinta del cónyuge tuviese la misma consideración que una cena en un restaurante con esa misma persona, no se podría hablar

de adulterio y (4) no tendría sentido. El enunciado (5) tiene evidentemente una base empírica, en cuanto presupone que A y B hicieron declaraciones con cierto contenido, y tiene además implicaciones psicológicas (si se piensa que dichas declaraciones manifiestan la voluntad de A y B), pero queda claro que ello adquiere importancia sólo en esa particular realidad social y jurídicamente construida que es el mundo de las relaciones contractuales. En (6), finalmente, hay un elemento empírico especialmente evidente, que no es necesario explicar, pero es claro que el significado del enunciado no se puede reducir a simples hechos materiales: más allá del hecho de que también la medición y la determinación del tiempo (el día D a la hora H) es fruto de una convención, es suficiente subrayar que el hecho narrado se define como tal con la condición de emplear la categoría de causa como principio de interpretación y de explicación de la conexión entre el comportamiento de A y la muerte de B.

Estos ejemplos no sólo sirven para confirmar que las circunstancias que pueden ser relevantes en un proceso pueden ser de la naturaleza más diversa, con grados “empíricos” o de “construcción” más o menos elevados, sino que muestran también que estas diferencias deben ser tomadas con cautela, al menos en el ámbito del discurso que aquí se está haciendo y que tiene que ver fundamentalmente con el problema de la prueba los hechos. Por un lado, parece evidente —como se ha tratado de demostrar sintéticamente— que todo enunciado fáctico es el resultado de complejas actividades de “construcción” que determinan su formulación y significado; por otro lado, sin embargo, todo lo anterior no impide que se pueda predicar la verdad o la falsedad del enunciado fáctico, y que, por lo tanto, pueda ser objeto de prueba en un proceso. Por dar un solo ejemplo, que será retomado más adelante: volvamos al enunciado (1), que se refiere a una realidad que se puede considerar fruto exclusivo de una compleja y sofisticada construcción social, en la cual los elementos empíricos (el sonido de un anuncio; el papel en el cual está escrito) son totalmente prescindibles. Ahora bien, el hecho de que modificar la tasa de cambio norteamericana produzca las consecuencias que produce sólo si (1) es verdadero, y no produzca consecuencias o las produzca diferentes si (1) es falso, persiste. El mismo análisis puede hacerse respecto de los otros enunciados que estamos considerando, independientemente del grado empírico o de “construcción social” o cultural que presenta cada uno de ellos.

2. El contexto procesal

Aunque, como ya se ha mencionado, el contexto del proceso judicial sea sustancialmente parecido a otros contextos en los cuales puede surgir el problema de establecer si (1)-(6) son verdaderos o falsos, resultará útil realizar algunos comentarios más específicos respecto al contexto procesal, destacando algunas de sus especificidades que lo hacen diferente a otras situaciones.

a) Un primer aspecto importante consiste en el hecho que en el ámbito del proceso la relevancia de los hechos (y, por lo tanto, de los enunciados a ellos referidos) se determina, en primer lugar, en función de las consecuencias jurídicas que les pueden ser atribuidas. Al respecto se habla, como ya se ha mencionado, de *relevancia jurídica* respecto de aquellos hechos que producen inmediatamente las consecuencias previstas por las normas jurídicas que a ellos se refieren. Hay que recalcar, no obstante, que estos hechos son específicos también en el sentido de que se introducen en el proceso sobre la base de opciones y decisiones particulares de determinados sujetos. Por ejemplo, en el proceso civil sólo se incorporan y asumen relevancia los hechos que las partes plantean como objeto de sus demandas y excepciones, en virtud de los principios que atribuyen a las partes y no al juez el poder determinar el objeto del proceso. Además, como también se ha dicho ya, también se incorporan al proceso aquellos hechos que resultan *lógicamente relevantes*: a éstos no se les vincula directamente consecuencia jurídica alguna, pero de ellos se pueden extraer inferencias lógicas que pueden producir conclusiones respecto a la verdad o falsedad de los enunciados relativos a hechos jurídicamente relevantes. Por lo tanto, la relevancia jurídica es el criterio estándar principal en función del cual se determina, directa o indirectamente, cuáles son los hechos (o más bien, los enunciados a ellos referidos) que se “incorporan” al contexto procesal, ya sean hechos principales o secundarios, que pueden producir consecuencias en relación con los hechos principales. Criterios similares pueden ser también usados útilmente en otros contextos, en los cuales asuma importancia la calificación jurídica de una determinada situación; sin embargo, son típicos del contexto procesal.

b) En el ámbito del proceso se producen continuamente situaciones de contraste dialéctico en las que se formulan distintas narraciones a propósito de los hechos jurídica y lógicamente relevantes. Ahora, si se observa el proceso desde la perspectiva del principio de contradicción, puede ser concebido precisamente como un “lugar” típico de desencuentro y de conflicto entre narraciones diferentes —y a menudo en conflicto— de los mismos hechos. En otros términos, todo hecho puede ser objeto de enunciados diferentes y contradictorios (es decir: a cada enunciado se puede oponer otro diferente y contradictorio). En la situación-tipo los abogados de las partes narran hechos diferentes o narran versiones diferentes y opuestas del mismo hecho. Por ejemplo, para el abogado de A (5) es verdadero, pero (5) es falso para el abogado de B. Por razones análogas, un testigo presentado por A dirá que (5) es verdadero, mientras que un testigo presentado por B dirá que (5) es falso, etc. Naturalmente se producen situaciones procesales mucho más complejas, en las cuales cada una de las partes presenta su propia versión de los hechos (principales y secundarios, más o menos numerosos de acuerdo a cada caso), y cada uno de los testigos (que pueden ser incluso numerosos) narra su propia versión de los hechos. Además, estas versiones pueden cambiar durante el curso del proceso, cuando las partes modifican sus posiciones y a medida que se van practicando las pruebas. Si quisiéramos tomar en consideración la dimensión “verbal” o “narrativa” del proceso, como sugieren las teorías narrativistas, no podemos dejar de observar que el proceso no constituye *una narración*, sino que incluye una pluralidad de narraciones y de enunciados fácticos específicos, provenientes de diferentes sujetos (partes, abogados, testigos, peritos, jueces), que no sólo pueden tener como objeto circunstancias diversas (el testigo T1 habla del hecho X; el testigo T2 habla del hecho Y, y así sucesivamente), sino que *en general* están formadas por enunciados diferentes y opuestos respecto al mismo hecho (el testigo T1 dice que el hecho X sucedió; el testigo T2 dice que el hecho X no sucedió). Naturalmente, cada una de estas narraciones (o de estos pedazos de narraciones) puede ser verdadera o falsa. Sin embargo, ellas están presentes *en el mismo contexto procesal* y no forman, de ninguna manera, una sola narración coherente y omnicompreensiva. El proceso es un lugar de conflicto, de competición y de oposición entre posiciones diferentes y, por lo tanto, también entre narraciones diversas de los hechos jurídica y

lógicamente relevantes, en la específica situación de litigio; no es un lugar de cooperación entre varios sujetos que redactan una historia sobre cuyo contenido y veracidad se encuentran todos de acuerdo. Es más, cuando al final del proceso el juez determine que una de las versiones de los hechos de la causa es la “verdadera”, no lo hará mirando simplemente qué narración global surgió del proceso, sino *eligiendo*, entre las diversas versiones que se formularon durante el proceso, aquella versión específica que considera preferible. Podríamos decir que al final del proceso el juez no se limita a *constatar* que surgió una versión de los hechos, como narración unitaria y coherente de los mismos, a partir de la convergencia de las narraciones formuladas por los sujetos del proceso, sino que *resuelve el conflicto entre narraciones diversas*, eligiendo una y descartando las otras como falsas e inaceptables. Éste es un aspecto del proceso judicial que las teorías narrativistas tienden a dejar de lado o a subvalorar, pero que, en cambio, es fundamental si se quiere comprender “quién narra qué” y cuántas y cuáles narraciones de los hechos componen la dimensión narrativa del contexto procesal.

c) Estas consideraciones nos llevan a poner especial atención en el acto final del proceso, es decir en la decisión judicial, como acto de elección entre las varias versiones de los hechos (entre los diferentes enunciados) que han marcado el desarrollo del proceso. Especialmente, y en lo que respecta a la narración de los hechos, se trata de establecer qué criterio usa el juez para elegir, entre las versiones opuestas ofrecidas por las partes, aquella que, en cierto modo, representa el resultado del litigio procesal, o bien, si el juez mismo se construye una versión propia y diferente. Una respuesta obvia, que frecuentemente se da, es que el juez debería determinar cuál es la versión de los hechos de la causa que se puede considerar *verdadera* en algún sentido del término, descartando, pues, aquellas versiones que resulten *falsas*.

Sin embargo, existen opiniones bastante diferentes respecto al problema de si la verdad de los hechos (es decir, de los enunciados respectivos) puede o debe considerarse como una finalidad del proceso judicial. Por ejemplo, quien considera que la función del proceso es solamente poner término a la controversia, se inclina por excluir que éste tenga como finalidad la determinación de la verdad de los hechos. Todavía más, la búsqueda de la verdad incluso puede ser vista como un obstáculo práctico para lograr

rápidamente el objetivo consistente en eliminar la controversia. En cambio, quien considera que la función del proceso es aplicar la ley, poner en práctica el derecho y garantizar efectivamente los derechos individuales y colectivos, se inclina por configurar la determinación de la verdad de los hechos como finalidad o valor *instrumental*, al que se debe tender para acercarse al objetivo principal del proceso, entendido como la formulación de una decisión jurídicamente correcta.

Una de las maneras de configurar esta distinción tiene que ver el concepto de *justicia*: un concepto absolutamente incierto y complejo, pero que difícilmente se puede evitar cuando se habla del proceso como un modo de “administrar justicia”. Desde esta perspectiva, un punto importante es establecer a qué se refiere la calificación de la decisión judicial en términos de justicia, es decir, qué se quiere decir cuando se habla de decisión justa.

Una primera hipótesis, que desde hace algún tiempo se ha ido difundiendo, basada en las doctrinas rawlsianas, es que para que exista una decisión justa es necesario y suficiente que sea el resultado de un procedimiento justo aplicado correctamente. Se trata, como es evidente, del concepto de *pure procedural justice*, en función del cual la justicia del procedimiento es el único elemento que determina la justicia del resultado. Este concepto tiene una gran fuerza explicativa y se aplica adecuadamente en diferentes contextos como el de los juegos, las apuestas y competiciones, en los cuales es ciertamente justo el resultado que se logra con la aplicación de procedimientos correctos. Esto también se usa en otros contextos, como en los procesos electorales o parlamentarios, en las relaciones internacionales y en la filosofía política, en los cuales —quizás por la extrema dificultad o por la imposibilidad de definir si una situación es justa o injusta según criterios sustanciales— se hace coincidir la justicia de la solución con la justicia del procedimiento utilizado para alcanzarla. Desgraciadamente, este concepto tan fecundo no se puede aplicar con éxito en un contexto en donde el procedimiento tiene la máxima importancia, como es el caso del proceso judicial (que no por casualidad el mismo Rawls ubica en la categoría de la *imperfect procedural justice*). Evidentemente, esto no sucede porque en el proceso no tenga importancia la justicia del procedimiento: al contrario, se habla mucho de justicia de los procedimientos judiciales, por ejemplo, cuando se trata de definir las condiciones para un “debido

proceso”, en el sentido del art. 6 de la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (Roma 1950) o en el sentido del actual art. 111 de la Constitución Italiana (modificado por la ley constitucional N.º 2 de 2000).

La razón del fracaso es que la justicia del procedimiento puede considerarse, ciertamente, como *una* condición de justicia de la decisión (al menos en el sentido de que no estamos dispuestos a aceptar como justa una decisión tomada dentro de un proceso injusto, en el cual, por ejemplo: el juez no practicó pruebas o hubiese decidido tirando los dados o basándose en una confesión obtenida con la tortura), pero no puede ser considerada como la *única* condición, o como condición suficiente de la justicia de la decisión. Esto deriva esencialmente del hecho de que, sin menospreciar las numerosas metáforas del “proceso como un juego”, el proceso judicial, de hecho, no es asimilable a un juego. Entre las muchas razones por las que un proceso no puede considerarse un juego, la más importante de ellas es que los procesos no terminan como los juegos, las apuestas o las competiciones, ni siquiera como terminan los procesos electorales u otros tipos de *pure procedural justice*. Un juego contiene en sí mismo (es decir: en sus reglas de procedimiento) el mecanismo que predetermina su resultado: la fijación de límites de tiempo, las formas en que se asignan los puntajes, las maneras como se formulan y asignan los votos, el orden de llegada, el *jaque mate*, o el *impasse*, etc. En todos estos casos no se necesita de nada más para determinar de quién es la victoria o la derrota, como tampoco se puede decir que la victoria es justa al igual como se dice que una decisión es justa (solo para las barras es justa la victoria de su equipo, y sólo para el que gana es justo el resultado de la lotería, pero está claro que en este caso “justo” tiene un significado especial), como tampoco la derrota puede considerarse injusta.

El proceso en cambio, no tiene en sí mismo —es decir, en las reglas de procedimiento— mecanismo alguno que predetermine su resultado aunque, obviamente, el desarrollo concreto y específico de todo proceso condiciona de varias maneras el contenido de la decisión final (salvo el caso excepcional, que aquí no tiene importancia, que el proceso se interrumpa o se cierre con una sentencia que no resuelva el fondo del asunto). Un proceso “justo”, es decir que se desarrolle correctamente en cuanto la apli-

cación de reglas procedimentales oportunas, no garantiza necesariamente una decisión justa. Se podrá decir que esta decisión es *legítima* desde un punto de vista formal, porque es el resultado de la correcta aplicación de las “reglas del juego”, pero todo eso no implica necesariamente que la decisión sea también justa. La razón es que la decisión puede ser considerada *justa* sólo si se dan otras condiciones, que son consideradas conjuntamente necesarias y que están determinadas por el respeto de criterios *substanciales* de justicia.

El problema deriva del hecho que el proceso se termina con una decisión (no con el vencimiento de un plazo o con la constatación de quién llegó primero a la meta), y esa decisión proviene —al menos en los sistemas modernos en los cuales rige el principio de subordinación del juez a la ley— de la aplicación de normas en los casos concretos que son objeto de decisión. En este sentido puede resultar útil el concepto de *rule-based decision* que Frederick Schauer elaboró en oposición al de *particularistic decision*, y que muestra muy bien el carácter esencial de la decisión judicial fundada en normas jurídicas.

Aplicar una norma en un contexto de decisión implica —como todos sabemos— innumerables problemas, que van desde la interpretación de la norma a la pluralidad de formas argumentativas con las cuales una norma puede ser utilizada en un caso concreto o mediante las cuales el caso concreto puede ser llevado al campo de aplicación de la norma. Estos problemas son importantes obviamente, pero no es necesario discutirlos en este momento. Aquí basta subrayar que la decisión judicial puede considerarse justa desde el punto de vista sustantivo sólo si deriva de la correcta aplicación de la norma jurídica (no importa si es legislativa, jurisprudencial, etc.) que rige el caso particular. En síntesis, se da una correcta aplicación de la norma jurídica al caso concreto sólo si:

- 1) la norma es adecuada para el caso y ha sido correctamente interpretada
- 2) se ha determinado la verdad acerca de los hechos que constituyen el caso.

La primera condición no puede ser discutida aquí porque remite a todos los innumerables problemas que afectan a la interpretación y la aplicación de la ley por parte de los jueces: supongamos, por simplificar, que el juez elija la norma jurídica que regula mejor el caso concreto, y la interpreta de la mejor manera.

En cambio, vale la pena subrayar que también la segunda condición es necesaria (aunque obviamente no es suficiente) para la justicia de la decisión. Para entender esta afirmación basta considerar que toda norma —especialmente, toda norma sustantiva— consiste en la atribución de consecuencias jurídicas para el caso de que se produzcan las circunstancias específicas previstas, en términos generales, por la misma norma. Para utilizar conceptos tan consolidados que se consideran obvios, se puede mencionar la *abstrakte Tatbestand* de la doctrina clásica alemana, o la *fat-tispecie* de la doctrina civil italiana o el “frástico” del que habla Hare, para hacer referencia a la parte de la norma en la que se formula la prótasis y se define la condición de hecho que debe darse para que se produzcan los efectos previstos por la norma (está claro que aquí se simplifica radicalmente el análisis estructural de las normas y del procedimiento para su aplicación, pero se mantiene el hecho que la típica norma sustantiva presenta esta estructura de fondo y se aplica cuando las definiciones abstractas del supuesto de hecho de la norma se corresponden con las circunstancias del caso particular).

Dado lo anterior, es evidente que si la norma N identifica el supuesto de hecho H como premisa necesaria para determinados efectos jurídicos, pero el hecho individual h que corresponde a H no existe (en la medida en que es falso el enunciado que lo describe), entonces la norma N no puede ser aplicada en este caso. Si, de todas maneras, el juez la aplica, ello basta para decir que la decisión *no es justa*. En términos positivos, esto significa que la decisión judicial es justa desde el punto de vista de la aplicación de las normas sustantivas sólo si es verdadero el enunciado referido a un hecho que constituye la condición de aplicación de la norma. Por otro lado, las modalidades con las que el juez formula la decisión no coinciden con el procedimiento que se desarrolló con anterioridad a la fase decisoria, y por lo tanto, la justicia de la decisión no puede coincidir con la justicia del procedimiento. De hecho, es obvio que a un proceso justo puede seguir

una decisión injusta, si el juez se equivoca al interpretar la norma o si los hechos no se determinan correctamente porque el juez valora en modo equivocado el resultado de las pruebas.

3. La prueba

El proceso y, en particular, la decisión final, pretenden resolver la incertidumbre que se da respecto a la verdad o falsedad de los enunciados que tienen que ver con los hechos relevantes de la causa. La *prueba* es el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos. En términos muy generales se entiende como prueba cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre. Según esta definición, son pruebas tanto los instrumentos para adquirir información que están expresamente regulados por la ley (las denominadas pruebas *típicas*) como aquellos que la ley no regula expresamente (las denominadas pruebas *atípicas*) pero que, sin embargo, pueden servir para fundar la decisión sobre los hechos. Podemos agregar que, en términos generales, se pueden considerar como racionalmente admisibles todas las pruebas, típicas o atípicas, que sean *relevantes* en la medida en que aporten informaciones útiles para formular esa decisión; se excluyen del proceso sólo aquellas pruebas que, aún siendo relevantes, sean calificadas como inadmisibles por alguna norma jurídica específica (como por ejemplo, las pruebas ilícitas o aquéllas para cuya adquisición habría que violar el secreto personal o profesional).

En este contexto se acostumbra a decir que la función de la prueba es la de ofrecer al juez elementos para establecer si un determinado enunciado, relativo a un hecho, es verdadero o falso. A su vez, se dice que un enunciado fáctico es *verdadero* si está confirmado por pruebas y es *falso* si las pruebas disponibles confirman su falsedad; y *no está probado* si en el proceso no se adquirieron pruebas suficientes para demostrar su verdad o falsedad. En función de cuál de estas posibilidades se dé, el juez decidirá de uno u otro modo y extraerá diferentes consecuencias jurídicas.

Estas cosas son obvias y ni siquiera valdría la pena discutir sobre ellas, si no fuere por su calidad de premisas para discutir un problema importante respecto de la naturaleza de la prueba judicial. Este problema deriva del hecho de que —simplificando mucho un panorama tremendamente complejo— parece que existen al menos dos concepciones fundamentales de la prueba judicial.

Según una primera concepción, la prueba es esencialmente un *instrumento de conocimiento*. Así, la prueba ofrece informaciones relativas a los hechos que deben ser determinados en el proceso. Por ejemplo, un documento “representa” una declaración y por lo tanto informa acerca del hecho respecto del cual la declaración ha sido tomada: (5) se demuestra como verdadero —al menos *prima facie*— si lo contiene un documento (y no se objeta la autenticidad del documento). Una grabación “representa” un hecho que se afirma que sucedió: (1) se demuestra como verdadero si la CNN transmite una grabación en la cual Alan Greenspan declara oficialmente la reducción de la tasa de interés (y nadie objeta la autenticidad de la grabación). Un testigo “declara” conocer determinados hechos: (6) se demuestra como verdadero si T declara haber presenciado el hecho tal como se describe (y nadie objeta la credibilidad del testigo), y así sucesivamente. Naturalmente, lo que se prueba puede ser también la falsedad de determinados enunciados: un documento puede contener una declaración diferente de (4); una grabación puede mostrar a Greenspan negando cualquier variación de la tasa de interés; un testigo puede decir que no ha sido A quien disparó a B, etcétera. En todo caso, se puede decir que la prueba es un instrumento que da información respecto al contenido de un enunciado, y *da a conocer* la circunstancia sobre la que versa el enunciado, con la consecuencia que el enunciado mismo puede considerarse verdadero o falso sobre la base de la prueba o las pruebas que a él refieren. A su vez, se puede decir que el hecho ha sido *conocido*, sobre la base de las pruebas que demuestran la verdad del enunciado correspondiente. Que este conocimiento (al igual que todo el conocimiento) sea relativo al contexto en el cual el hecho se conoce (el proceso) y sea, además, *context-laden* en los diversos sentidos que se indicaron anteriormente, no tiene especial importancia: nadie duda sensatamente de que en el ámbito del proceso no se establecen verdades absolutas y que cualquier conclusión que el juez

extraiga del análisis de las pruebas depende de las pruebas que se incorporaron al proceso. Estas limitaciones, intrínsecas al contexto en el cual se usa la prueba judicial, pueden influir sobre el *grado de verdad* (o mejor dicho: sobre el grado de aceptabilidad, de probabilidad o de confirmación) que puede ser atribuido a los enunciados fácticos, pero no excluyen que a través de las pruebas se determine la verdad o falsedad de estos enunciados y que, por lo tanto, se conozcan los hechos de los cuales se ocupan esos mismos enunciados.

De acuerdo con la segunda concepción, la prueba no sería más que un *instrumento de persuasión*, que como tal no tendría nada que ver con el conocimiento de los hechos. La prueba no serviría, pues, para establecer la verdad o falsedad de enunciado alguno y, por tanto, tampoco para proporcionar conocimiento acerca de nada, sino que serviría sólo para persuadir al juez, para convencerlo de lo fundado o infundado de un enunciado fáctico. La prueba, según esta concepción, no ofrece información sino elementos de persuasión. Es decir, en el juicio no se “conocen” los hechos: todo se agota en los discursos y narraciones que se hacen en el proceso, y de esa manera se puede definir como verdadero el enunciado del cual el juez está persuadido, pero sólo en función del hecho de que realmente lo esté y afirme estarlo. Cualquier cosa que piense el juez, estando persuadido de ella, está probada y, por lo tanto, se puede considerar verdadera a los efectos del proceso. En el marco de una concepción de este tipo, es extremadamente difícil (y, de todas maneras, totalmente inútil) analizar las características y la estructura de la prueba: de hecho, ella es compatible con (más aún, implica) una concepción irracional de la prueba judicial y, en todo caso, no exige que se dé una definición específica de la prueba. Dado que la persuasión de un sujeto respecto a cualquier cosa es de hecho un estado psicológico y nada más, la prueba puede ser cualquier cosa que hubiese influido en la formación de este estado psicológico y tiene valor en la medida en que haya producido ese efecto, no por otras razones. Por otra parte, la persuasión puede deberse a cualquier causa, no sólo a la producción de pruebas en sentido estricto, por lo que resulta más bien ocioso preguntarse en el plano teórico qué es una prueba. Todo el problema se reduce a constatar *ex post* si el juez está o no persuadido de la verdad o falsedad de un enunciado. No se puede siquiera discutir si el convencimiento del juez

es correcto o equivocado, porque ello presupondría una teoría prescriptiva o normativa de la prueba y del convencimiento del juez, mientras que las persuasiones no son correctas ni equivocadas, ni verdaderas o falsas: simplemente existen o no en la mente del juez.

Al respecto se puede observar que la prueba, como en el cuento de los dos ciegos que tocan a un elefante y uno cree que es un árbol y el otro una serpiente, es un fenómeno bastante complejo, de modo que no nos puede sorprender que se describan y se representen diversos aspectos a partir de diferentes puntos de vista. Sin embargo, hay que señalar que las dos concepciones hasta ahora individualizadas no son equivalentes entre ellas, y mucho menos intercambiables (tal como un árbol no es una serpiente).

En particular, respecto a la segunda concepción de la prueba, que podríamos denominar *persuasiva*, se puede decir que no es totalmente falsa, en la medida en que contiene algunos elementos de verdad. Sin embargo, es absolutamente *parcial* (y, por lo tanto, resulta falsa si se considera como la única concepción posible), ya que se corresponde típicamente con el punto de vista del abogado. En efecto, es especialmente el abogado quien usa las pruebas no con el fin de conocer o de comunicar conocimiento, sino con el fin de convencer al juez sobre la credibilidad de su versión de los hechos. El objetivo fundamental que persigue el abogado no es el de descubrir la verdad, o de tratar que el juez la descubra, sino el de ganar el caso. Puede decirse que el abogado puede estar verdaderamente interesado en descubrir la verdad en un solo caso: cuando la verdad de los hechos conduzca a la victoria de su cliente. En el caso opuesto, es decir cuando el descubrir la verdad podría llevar a la derrota de su cliente, el interés efectivo del abogado es que ésta permanezca en el misterio o que, en todo caso, el juez determine los hechos probados en un sentido favorable, aunque no sea verdadero. No es casualidad que el abogado no tenga ninguna obligación de presentar todas las pruebas de las que tiene conocimiento y menos aún aquellas que no favorecen a su cliente (pero queservirían para demostrar la verdad): tiene sólo el interés de presentar todas las pruebas *favorables* que posee. El único límite al comportamiento del abogado es que no puede hacer uso de pruebas cuya falsedad conoce.

Si bien éste es el punto de vista típico del abogado, no es el único punto de vista desde el cual se puede mirar el problema de la prueba y del cono-

cimiento de los hechos y, tal vez, no es siquiera el punto de vista teórico más rico. Por otro lado, se puede observar que la pura y simple persuasión, desconectada de cualquier posible relación con el conocimiento, puede conducir a conclusiones falsas. Un testigo que parece muy persuasivo (tal vez porque, como requiere el tópico, es una mujer fascinante) puede hacer declaraciones falsas; un documento falso puede parecer auténtico y por lo tanto puede ser la base de la persuasión del juez. Sin embargo, las pruebas falsas ni siquiera son buenas para los abogados: están excluidas por ley y su uso consciente generalmente es castigado. Así pues, ni siquiera para el abogado es del todo irrelevante saber si la prueba ofrece informaciones verdaderas o informaciones falsas que podrían llevar al juez a convencerse de una versión errónea de los hechos.

El otro punto de vista importante es el del juez y, para dar cuenta de él, es mejor la concepción *cognoscitiva* de la prueba, presentada más arriba. De hecho, es verdad que el juez debe, de algún modo, “persuadirse” de la verdad o falsedad de un enunciado fáctico y, por tanto, no es completamente erróneo plantear que su convencimiento puede ser *también* fruto de la persuasión. Pero ello no agota de ninguna manera el problema. Por un lado, el juez debe fundar su decisión exclusivamente en pruebas admisibles. Por lo tanto, no es irrelevante cuál sea la fuente de su persuasión: si ésta deriva de informaciones extrajudiciales (la denominada “ciencia privada” del juez) o de pruebas ilícitas o inadmisibles, la decisión no se podrá basar en ellas sólo porque el juez las encuentre persuasivas. Por otro lado, el juez debe someter a control crítico las fuentes de su convencimiento (verificando la autenticidad y la credibilidad o la falsedad de la prueba), las inferencias que formula de un enunciado fáctico a otro (ya que los criterios de su razonamiento deben ser aceptables y lógicamente válidos) y la fundamentación de las conclusiones que extrae (ya que sus elecciones deben estar racionalmente justificadas). Puede resultar entonces que el juez llegue a conclusiones que estén racionalmente fundadas en los elementos de prueba de que dispone, pero que estén en oposición con sus persuasiones personales basadas otras causas: en este caso, la persuasión subjetiva del juez no cuenta, y la decisión debe fundarse sobre la base de informaciones objetivamente controlables y de argumentaciones lógicamente válidas. A diferencia del abogado, el juez no tiene nada que ganar en la competición

judicial, y no está (o al menos no debería estar) inclinado a hacer prevalecer una versión de los hechos y no otra, para favorecer el interés de Ticio o de Cayo: su punto de vista es el de quien debe tratar de alcanzar una decisión justa, en los términos indicados anteriormente.

Naturalmente, el sentido que debe atribuirse a la posición del juez depende de cómo se conciba la función de juzgar. Si se sostiene, como hacen muchos, que el juez sólo tiene el rol de un árbitro pasivo en el debate de las partes, con la única función de sancionar las violaciones a las reglas del juego, entonces no se espera que el juez establezca la verdad de los hechos (en ningún sentido del término). En este caso, es difícil (sino imposible) explicar cómo puede hacer el juez para formular la decisión y cuál es la función de la prueba: es justamente en el vacío conceptual que aquí se produce donde encuentra espacio la concepción persuasiva de la prueba. Si no se sabe cómo decide el juez (ni se le prescribe decidir según criterios determinados) y no se sabe cuál es el resultado de la prueba, se puede conjeturar que ésta sirve únicamente para persuadir al juez y que éste termine considerando verdadero sólo aquello de lo que se está persuadido. Resulta claro, sin embargo, que en este ámbito no hay espacio para ninguna teoría de la decisión justa: además, si se piensa que la función de la decisión es simplemente poner término a la controversia, y que ese es la finalidad fundamental del proceso, no tiene importancia si la decisión se funda o no en enunciados fácticos verdaderos, como tampoco si se aplican o no de manera apropiada las normas jurídicas que regulan el caso. En el proceso, entendido como libre competición entre las partes, en el cual el juez tiene sólo una función equivalente a la de un árbitro deportivo, gana, por definición, el más hábil o el más fuerte, no aquél que tendría razón sobre la base de los hechos y de las normas jurídicas.

Si, en cambio, se considera que el juez, además de gobernar el proceso, es el garante de la correcta aplicación de la ley y que tiene la tarea fundamental de asegurar la tutela efectiva de los derechos, entonces el acento se traslada necesariamente hacia los criterios en función de los cuales el juez formula su decisión. Desde esta perspectiva, se espera que ésta no sea “cualquier decisión”, que resultaría aceptable si el interés fuera lograr poner término “de cualquier manera” al litigio, sino que sea una decisión *justa* en el sentido definido anteriormente. Esto implica que la decisión

resulte de la correcta aplicación de las normas jurídicas que regulan el supuesto de hecho, pero la correcta aplicación de la ley en el caso concreto implica —como ya hemos visto— que hayan sido determinados los hechos “adecuados”, es decir que se haya establecido la verdad o la falsedad de los respectivos enunciados a partir de las pruebas disponibles.

En la práctica judicial la función cognoscitiva y la función persuasiva de la prueba se entrecruzan de varias maneras en función de los diferentes contextos procesales concretos, con el resultado de que puede incluso hacerse difícil distinguirlas. En el plano teórico parece, de todas maneras, evidente que la concepción persuasiva no agota la función de la prueba y sólo consigue poner de relieve algunos aspectos de su uso forense. La concepción cognoscitiva, en cambio, identifica exactamente la función de la prueba, que está directamente relacionada con la función del juez tal cual se define en los sistemas que exigen que la decisión sea “justa en los hechos” y no sólo en el derecho.

4. Prueba y verdad

Como se ha señalado ya anteriormente, el problema de la verdad o falsedad de los enunciados fácticos se plantea en contextos muy diversos, en los cuales del hecho de que un enunciado sea verdadero o falso se extraen consecuencias relevantes. Es el caso de los enunciados (1)-(6) analizados al comienzo, ya que la verdad o falsedad de cada uno de ellos puede ser relevante en varios contextos y para varios efectos, pero sucede exactamente lo mismo en otros innumerables casos. Como también se ha visto, este mismo problema se plantea en el contexto del proceso, donde la verdad o falsedad de un enunciado fáctico es relevante, de forma que se hace necesario probar si dicho enunciado es verdadero o falso.

Se acostumbra a decir (como ya se mencionó anteriormente) que el contexto del proceso es peculiar por muchas razones: porque hay reglas de exclusión de cierto tipo de pruebas, porque a veces hay normas que determinan *a priori* el valor de ciertas pruebas, porque *interest rei publicae ut sit finis litium* de tal forma que la búsqueda de la verdad no puede durar indefinidamente, etc. Estas observaciones son correctas, a pesar que

su significado cambia mucho de un proceso a otro, pero no excluyen en absoluto que también en el proceso se tienda a establecer la verdad de los hechos por medio de las pruebas, de una forma substancialmente similar a cuanto sucede fuera del proceso. De hecho, tampoco en los demás sectores de experiencia se cuenta con todas las informaciones posibles, por las más variadas razones (incluso, por ejemplo, la necesidad de tomar en cuenta algunas normas que también fuera del proceso protegen la *privacy* individual y el secreto profesional), y se tiene también un límite del tiempo y de recursos para la búsqueda de la verdad de un hecho, cuyo conocimiento sirve para tomar una decisión ulterior. Sin embargo no se duda, a pesar de estos límites, de que la búsqueda de la verdad tiene sentido y que un decisor racional debe tender a maximizar la verdad de su conocimiento sobre los hechos que le interesan, si quiere maximizar la validez de sus decisiones y reducir el riesgo de errores que puedan traer graves consecuencias. Para dar un solo ejemplo entre los que ya se usaron, sería un pésimo decisor el asesor financiero que decidiera una inversión sin saber si (1) es verdadero o falso y, por tanto, sin tratar de buscar pruebas al respecto.

Obviamente, en el ámbito del proceso se puede hablar solamente de verdad relativa y *context-laden*, del mismo modo que se puede hablar de procesos más o menos orientados a favorecer la búsqueda de la verdad, pero también la relativización de la verdad opera en cualquier otro contexto de la experiencia (quizás con las únicas excepciones de la teología y la metafísica). Sin embargo, vale la pena precisar que el carácter contextualmente relativo de la verdad que se puede alcanzar en el proceso, no constituye una razón suficiente para afirmar que en el mismo se puede solamente hablar de verdad como coherencia de la decisión final respecto del contexto procesal y de las enunciaciones o narraciones que en él se dan.

Por una parte, en efecto, si se observan los enunciados y las narraciones de los hechos que se formulan en el proceso se descubre fácilmente —como ya vimos anteriormente— que provienen de sujetos diferentes, que tienen finalidades diferentes y, sobre todo, que en la mayoría de los casos, son contradictorios entre ellos. Siendo ésta la inevitable estructura dialéctica del proceso, resulta bastante difícil establecer *respecto a qué* debería ser coherente la decisión final sobre los hechos para que se pudiera considerar como verdadera y en qué debería consistir ese nexo de coherencia. Se

podría decir que la decisión debería ser coherente con las afirmaciones de las partes y con el resultado de las pruebas, pero ¿qué sentido puede tener todo eso en un contexto en que las partes hacen afirmaciones contradictorias y las pruebas, además, producen resultados divergentes y en conflicto?

Por otra parte, si se observa la coherencia interna de una narración específica, por ejemplo, la que el juez desarrolla en la sentencia, es fácil ver que la mencionada coherencia no garantiza de ninguna manera la justicia de la decisión. En efecto, existen narraciones perfectamente coherentes pero falsas: basta pensar en una buena novela con una estructura narrativa tradicional (sobre la cual nadie se pregunta si es verdadera, justamente porque se sabe *a priori* que no lo es) o en un testimonio falso presentado por un testigo especialmente hábil. Sin embargo, el proceso no necesita de narraciones fantásticas o falsas, aunque sean coherentes: la justicia necesita de narraciones verdaderas, aunque algunas veces sean incoherentes desde el punto de vista narrativo. Como mucho, se podría sostener que una narración coherente es más persuasiva que una incoherente y que, por lo tanto, sería preferible como fundamento para la decisión. Todo ello, sin embargo, presupondría la aceptación de algunas premisas dudosas: a) que la coherencia de la narración es verdaderamente un factor —o el factor principal— del carácter persuasivo de la misma; b) que en el proceso se dan narraciones coherentes o que sólo las narraciones coherentes pueden ser tomadas en consideración; c) que las pruebas sirven sólo para persuadir. Como se puede ver fácilmente, todas estas premisas son en realidad *question begging*.

Finalmente, si el único problema del proceso fuese el de ser un espacio en donde se formulan narraciones coherentes, ni siquiera tendríamos el problema de la prueba de los hechos: bastaría dejar hablar a los actores del proceso y luego determinar quién es coherente y quién no lo es. En ese caso, cada proceso terminaría coincidiendo con una *pièce* de teatro en la cual cada uno narraría lo que quisiera y como quisiera. Sin embargo, aparte del hecho que a menudo se trataría de una *pièce* especialmente larga y aburrida, hay que considerar que entre la justicia y la literatura existen, junto a similitudes superficiales que a menudo se exageran, diferencias radicales que no se deben perder de vista. En efecto, los criterios que se usan para interpretar y evaluar textos literarios son diferentes de los que

se usan para establecer la justicia de la sentencia desde el punto de vista de su fundamento fáctico.

Resulta entonces que, a pesar de todas las dudas que se puedan tener respecto del concepto general de *verdad como correspondencia*, y todos los problemas que conlleva, este concepto de verdad es el único que resulta sensato en el contexto del proceso. Entre los muchos argumentos que se podrían mencionar en este sentido, vale la pena destacar especialmente dos.

El primer argumento es que la norma sustantiva que usa el juez como criterio para la decisión presupone que la *konkrete Tatbestand* (es decir el hecho jurídicamente calificado que es objeto de decisión) se haya verificado efectivamente fuera del proceso y de sus narraciones, es decir, en el mundo de los acontecimientos reales (empíricos, históricos, materiales, etc.). Si dicho hecho no se ha producido “en la realidad” no se puede aplicar la norma y, si se aplica, es suficiente para calificar como injusta la sentencia.

La segunda razón es que en el proceso se usan pruebas y que éstas no sirven para producir narraciones sino para proporcionar informaciones sobre acontecimientos que se conjetura que sucedieron fuera del proceso. En cierto sentido, la prueba es el nexo entre los discursos que se hacen en el proceso y los acontecimientos del mundo real: una película muestra “lo que sucedió”; una grabación permite oír “lo que se ha dicho”; un testigo veraz narra “lo que ha visto o escuchado” en el mundo de los hechos reales. Mediante este nexo el juez reconstruye “la realidad” de los hechos relevantes para la decisión.

Vale la pena realizar un comentario adicional: las consideraciones que preceden tienen sentido en general, con independencia del tipo de hecho del cual se hable. En otros términos, la concepción de la verdad procesal como correspondencia con la realidad externa y, por lo tanto, como demostrabilidad en juicio mediante pruebas, es válida para todo tipo de hecho que el juez deba verificar. Es verdad que en muchos casos el juez no se enfrenta únicamente con hechos materiales empíricamente verificables. Los enunciados (1)-(3) son ejemplos especialmente claros de hechos cuya característica principal es —como ya hemos visto— que son socialmente construidos y se producen en contextos sociales extremadamente sofisticados y complejos, fuera de los cuales ni siquiera se podrían imaginar y mucho menos describir con enunciados declarativos.

Sin embargo, estos hechos particulares “suceden” fuera del proceso, en un mundo de fenómenos que no son irreales sólo porque han sido socialmente contruidos. Cualquiera que sea su naturaleza ontológica, la reducción de la tasa de interés por parte de la *Federal Reserve* es un hecho de cuya existencia real dudarían pocos asesores financieros, en el caso de que tuvieran la prueba, con independencia de sus concepciones filosóficas fundamentales (en el caso de que tengan alguna). Si en una controversia comercial internacional es necesario establecer la entidad de intereses cuya tasa está vinculada a la tasa de interés americana, su reducción se considerará como un hecho importante que se ha producido (o no) en el mundo de los fenómenos financieros “reales”. Se trata, pues, de un hecho al que se debe corresponder un enunciado procesal verdadero. En sentido inverso, un enunciado procesal que afirme que tal reducción se ha producido es verdadero sólo si, en el mundo “externo” de los fenómenos financieros, ésta se ha producido efectivamente. Consideraciones análogas se pueden hacer para todo hecho que sea social o culturalmente construido en su totalidad o parcialmente. Los hechos empíricos constituyen sólo el material bruto que se usa para las más diversas construcciones sociales, valorativas, simbólicas o de categorías.

Así, queda en pie la afirmación de Searle que cada realidad construida socialmente presupone una realidad no construida socialmente. No es casual que el mismo Searle aconseja realizar un “acto concluyente de limpieza filosófica” consistente en concebir la verdad como correspondencia a la realidad, aunque sea con una actitud similar a la que Susan Haack denomina *innocent realism*. Se trata, en definitiva, de reconocer que el mundo real existe y que de él se pueden dar infinitas descripciones verdaderas, siendo su verdad reportable al mundo real.

En todo caso, también ante enunciados que afirman la existencia de hechos como los que hemos analizado, ciertamente no reducibles a una simple dimensión empírica, el juez debe establecer la correspondencia del enunciado con la realidad del hecho que se está describiendo. De hecho, para esto sirven las pruebas, tanto en el proceso como en cualquier otro ámbito de la experiencia.

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

Conceptions of Evidence. A Note on Michele Taruffo's “Remarks regarding the Relationship between Evidence and Truth”

Marina Gascón Abellán**

Resumen: 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. **Palabras clave:** Concepción persuasiva de la prueba, Concepción cognoscitivista de la prueba, Concepción intermedia, Justificación de la decisión judicial

Abstract: The aim of my comment is twofold. First, to highlight that, in addition to the persuasive and cognitive conceptions of evidence highlighted by Taruffo, a third conception can be identified that, regarding the rationality of the judicial decision, is close to the persuasive one and/or is as pernicious as it is. Second, that this approach is reflected above all at the

* Nota de los editores: las citas textuales empleadas en este trabajo corresponden a la versión original en italiano. La traducción de las mismas ha sido realizada por la autora, por lo cual pueden existir diferencias de estilo con la versión publicada en este número.

** Universidad de Castilla-La Mancha, España.

level of motivation: in both cases, there is a reduction - if not a complete avoidance - in the justification requirements.

Keywords: Persuasive Conception of Evidence, Cognitive Conception of Evidence, Intermediate Conception, Justification of Judicial Decision

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 limitaciones¹–

¹ Las variadas reglas procesales que disciplinan la prueba judicial constituyen –si puede decirse así– los ojos con los que el juez observa el mundo.

es sólo probable². 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.

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*³. 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 obs-

² 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. 32)

³ Taruffo, 1990, p. 429 y ss.

táculo para la rápida solución de la controversia⁴. 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. 32).

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 i (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 disponibles⁵. Sobre la base de esta distinción, podría decirse que mientras el cognoscitivismo 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,

⁴ “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).

⁵ Si bien, como afirma Taruffo, cuando un enunciado fáctico ha sido confirmado por las pruebas disponibles, *suele decirse* que “es verdadero” (p. 31). La cursiva es añadida.

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 procesales⁶. Por eso, la distinción entre estos dos conceptos no sólo es posible sino incluso necesaria si se quiere dar cuenta del carácter *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. Taruffo⁷.

⁶ 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!)”, (1991, p. 311).

⁷ 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, 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. 26). Por ello, los sujetos encargados

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 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.

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. 17). 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. 32).

La intermediación, 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 intermediación 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*⁸. 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”⁹. Lo que tal vez 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.

⁸ 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, véase Couture, 1949, p. 221.

⁹ Taruffo, 1993, p. 361.

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. 32). 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 miente¹⁰), 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.

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 inmediatez, 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

¹⁰ Esta es una tesis sostenida tranquilamente en la doctrina y la jurisprudencia.

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 intermediación).

Por lo demás, tanto desde la concepción persuasiva como desde ese cognoscitivismo acrítrico 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 (p. 25)- “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 omnicomprensiva”. 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 sentido¹¹. 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

¹¹ “discutir si el convencimiento del juez es correcto o equivocado...presupondría una teoría prescriptiva o normativa de la prueba” (p. 33).

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 incommensurables, 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.

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 probados¹², y en un análisis empírico cabe observar que la concepción cognoscitivista de la

¹² El propio Taruffo dice que el punto de vista del abogado no es el más ventajoso desde la perspectiva teórica (p. 34).

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 cognoscitivismismo (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 cognoscitivismismo 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.

Sobre prueba y proceso penal *On Evidence and Criminal Trial*

Perfecto Andrés Ibáñez*

Resumen: En este texto propongo una aproximación desde Taruffo, es decir desde su modo de entender la cuestión probatoria, a algunas cuestiones y tópicos de la justicia penal, tomando, claro está, las necesarias referencias, de la práctica actual los tribunales españoles.

Palabras clave: Teoría de la prueba, Proceso penal, Inmediación, Juicio oral

Abstract: In this text I propose an approach from Taruffo, that is, from his way of understanding legal evidence, to some issues and topics of criminal justice, taking, of course, some references from the current practice of Spanish tribunals.

Keywords: Theory of Evidence, Criminal Process, Immediacy, Oral Trial

1. “*Excusatio non petita*” pero necesaria

Si el término que da título a esta revista –*Discusiones*– se tomase al pie de la letra a la hora de prefigurar el contenido del presente número, el que esto escribe carecería de legitimidad para intervenir en él como participante en un debate con Michele Taruffo. De un lado, sinceramente, por razón de (in) competencia teórica para una hipotética aproximación crítica a sus planteamientos sobre la prueba. Y, de otro, por lo mucho que mi actual modo de concebir la experiencia jurisdiccional en la materia le debe a él; hasta el punto de que actualmente me resultaría imposible ejercerla o pensarla al margen de lo aprendido en sus textos. Por más que, es obvio, el eventual desacierto en la aplicación sea solo de mi exclusiva responsabilidad.

* Magistrado, Tribunal Supremo de España.

Pues bien, tal es la razón de que, gracias a la benevolencia de los anfitriones, haya optado por una aproximación -(dicho sea con la mayor modestia y a reserva de lo que él opine al respecto) *desde* Taruffo, es decir desde su modo de entender la cuestión probatoria- a algunas cuestiones y tópicos de la justicia penal, tomando, claro está, las necesarias referencias, de la práctica actual los tribunales españoles. También, por la misma razón, en la exposición que sigue, no citaré expresamente a Taruffo, porque sería redundante, ya que está bien presente en mi discurso, con el *optimismo de la razón*, consecuentemente razonado, que late en su diamantina concepción de la prueba.

2. Cambios en la cultura judicial sobre la prueba

En una sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Madrid, del año 1982, se ponía de relieve la indudable ventaja –en la calidad de la apreciación de la prueba- representada por el hecho de que el juez que había decidido en primera instancia hubiera sido, además, instructor de la causa y gozado así del máximo de inmediación en todas sus fases¹³. Hoy, una circunstancia de ese género sería causa de nulidad del juicio y de la decisión, por manifiesta falta de imparcialidad objetiva del juzgador. Pues, en efecto, al haber desarrollado previamente funciones de investigador en la misma causa, habría pre-juzgado.

En un texto sumamente difundido entre los juristas prácticos de finales de los 60 y buena parte de la década siguiente podía leerse: “*no hay por qué razonar*, y sería procesalmente incorrecto hacerlo, sobre qué elementos de juicio han contribuido a formar la convicción del sentenciador o de los sentenciadores. La ley quiere simplemente que formen un estado de juicio, de conciencia, de opinión y que tal estado se proyecte al *resultando*

¹³ En esa época y hasta que el sistema fue declarado inconstitucional, la legislación española preveía – para delitos considerados menores- la figura de un juez que acumulaba las funciones de instruir y juzgar. Esta, ajena al modelo original de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 1882, había sido introducida con posterioridad, a mediados del siglo XX, buscando una mayor rapidez en el enjuiciamiento, por la vía de rentabilizar la plantilla orgánica ya existente.

de hechos probados¹⁴. Es también obvio que hoy, una sentencia dictada conforme a este paradigma, debería ser asimismo anulada para que el juez o tribunal redactase otra en la que la valoración de la prueba apareciera expresa y debidamente motivada.

Creo que ambas referencias aportan otras tantas buenas razones para pensar que algo –incluso bastante- *se mueve* y se ha ganado en nuestra cultura procesal en materia probatoria. Pero, al mismo tiempo, un breve apunte de *trabajo de campo* como el que trataré de hacer en lo que sigue, pondrá de relieve que el progreso no discurre por un camino de progreso lineal y sin retorno posible, y que ciertos hábitos de profunda raigambre inquisitiva, profundamente arraigados en la formación *heredada*, siguen estando vigentes, aunque sea de forma soterrada, en el bagaje de los (de muchos) jueces. Muy en particular, en el tratamiento de la *quaestio facti*.

Quizá el primer problema latente en la materia es que ha faltado conciencia explícita de ella como realmente problemática. En general, ha sido frecuente cierta indiferencia al respecto, que es una forma de tratamiento *por omisión*, operando en el asunto como si la valoración de la prueba fuese algo que sólo tuviera que ver con la disposición moral del juez, de manera que, asegurada la buena calidad de ésta, lo demás se daría por añadidura. (No hace falta decir que semejante forma de aproximación al tema es la que mejor casa con cierta ideología corporativa y autoritaria del rol, muy difundida).

El tópico aludido no se explicaría, seguramente, sin tener en cuenta la influencia ejercida en los hábitos profesionales del juez y del jurista, por el positivismo dogmático, con su banalización de las dificultades de la interpretación y la consecuente negación de autonomía conceptual y relevancia a la cuestión de hecho en la experiencia jurídica y, muy particularmente, en la procesal. Es un contexto en el que de la afirmación de la inexistencia de reglas legales de valoración probatoria a la afirmación de la inexistencia de reglas de cualquier clase en la materia, no había más que un paso, que se dio con facilidad. Es como emerge el juez que llega hasta nosotros, tributario de cierta interpretación de conveniencia del *da mihi*

¹⁴ Sáez Jiménez y López Fernández de Gamboa, 1968, p. 1287.

factum..., y de una confortable concepción de la convicción judicial como experiencia mística o casi.

Se trata de un (anti)modelo de juez que carece objetivamente de espacio en la disciplina del proceso constitucionalmente vigente en la actualidad en muchos de nuestros países. Pero se trata de una disciplina que no suele tomarse con rigor en la profundidad de sus implicaciones de método o epistemológicas y de garantía, con el resultado de que sigan prevaleciendo muchas prácticas odiosas, eso sí, de indudable *rendimiento* en una perspectiva de mero control social.

3. Inmediación y juicio oral

El juicio oral recibido en la española Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, inspirada en el napoleónico sistema acusatorio formal, ha experimentado una sensible revalorización, a partir de la Constitución de 1978. Pero con indudables limitaciones. De un lado, porque –con demasiada frecuencia– sigue dándose valor, en determinadas condiciones, a los datos probatorios de cargo de fuente personal obtenidos en la fase de investigación, merced a la ficción de que el examen de su transcripción documental en la vista pública produce prueba realmente formada en régimen de contradictorio. Y, de otro, y es lo que aquí me interesa destacar, porque tiende a operarse de manera habitual con un concepto de la inmediación francamente cuestionable; entre otras cosas porque conecta con una concepción profundamente irracional de la prueba¹⁵.

La idea, nada discutible, de la necesidad de que el juzgador tome contacto directo con las fuentes de prueba suele encontrar prolongación mecánica en la de que esto se justifica, especialmente, porque le permite captar aspectos o matices singulares, cuya percepción no estaría al alcance de quien no haya podido gozar de esa relación presencial privilegiada.

Obviamente, se piensa en ciertos rasgos particulares de la escenificación del testimonio o de la declaración del imputado¹⁶.

El punto de vista es sugestivo, en buena medida, porque conecta con algún tópico de sentido común. Pero su general aceptación acrítica en los tribunales se debe, a mi entender, a que enlaza con la interpretación psicologista de la libre convicción como *intime conviction*, muy presente todavía en cierta (sub)cultura de la jurisdicción. El asunto dista mucho de ser banal. Por el contrario, es particularmente rico en implicaciones negativas, desde el punto de vista de una concepción racional de la valoración probatoria.

La primera es que en ese modo de entender la inmediatez se sobrealza la significación de datos, cierto, sólo apreciables para quien los percibe *en directo*, pero que son los más ambiguos y equívocos, los más abiertos al uso incontrolado del arbitrio y a la inducción al error en el juicio. Curiosamente, escribe Cataldo Neuburguer “muchos jueces y abogados o jurados serían proclives a considerar que un observador puede descubrir más fácilmente la mentira en una conversación si tiene la posibilidad de ver las caras y los cuerpos de los que hablan. La investigación psicológica ha demostrado que esta convicción es falsa. El descubrimiento de la mentira es más fácil si el observador tiene acceso sólo a la clave verbal de la comunicación en vez de a ésta y a la visual, al mismo tiempo”¹⁷. De donde resulta que, paradójicamente, en la obtención de la *verdad judicial* tendría la condición de supuesta ventaja un recurso fundamentalmente cuestionado como productor de calidad de conocimiento en el ámbito del saber científico, precisamente, el especializado en la psicología del testimonio.

Un segundo y grave inconveniente, es que la aceptación de esa dudosa máxima de experiencia en materia de inmediatez conduce a *blindar* el juicio y la decisión de primera instancia frente a la crítica en otro plano

¹⁶ Me parece útil al respecto transcribir el siguiente párrafo, tomado de una sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 9 de octubre de 1999. Dice así: “Muchas veces se ha dicho y ahora hay que repetirlo, que la presencia del testigo, o acusado, en el juicio oral aporta, no sólo una declaración, coincidente o no con las verdades anteriormente, sino también unos signos –forma de decir lo que se expresa, los silencios, las miradas, los gestos-, que son manifestaciones elocuentes de unos sentimientos que a veces no se saben o no se quieren expresar con claridad, por piedad, por miedo, por vergüenza, etc., y éstos son aspectos muy importantes de la función judicial...”

¹⁷ De Cataldo Neuburguer, 2000, p. 13.

jurisdiccional; puesto que algunos elementos de convicción, considerados fundamentales para la formación del criterio judicial en tema de hechos, por su difícil o imposible verbalización, por su práctica intraducibilidad en palabras, resultarían infiscalizables. El asunto tiene, además, notable trascendencia en el plano de la motivación, ya que produce el efecto de que ciertos aspectos de la valoración de la prueba y ciertas decisiones cuando la fuente de conocimiento sea exclusiva o básicamente personal, serían de imposible –o muy difícil- justificación¹⁸.

Por otro lado, la vigencia del tópico que se examina estimula inevitablemente a los jueces a una (cómoda) aproximación intuitiva o preconsciente al cuadro probatorio, creando el riesgo de que acaben por no ver en él más elementos relevantes que los aprehensibles en esa peligrosa clave hipersubjetiva, que hace mucho más cómoda y fácil la decisión. Y, en fin, conduce de forma inevitable a una pérdida de significación de la segunda instancia como momento de crítica o de juicio sobre el juicio de la primera, con la subsiguiente degradación de ese fundamental momento de garantía.

No se trata de pasar de un extremo a otro: la inmediatez debe jugar un papel relevante como presupuesto necesario (aunque no suficiente) de un juicio de cierta calidad, para el que los datos procedentes de fuentes personales de prueba serán siempre importantes. Si bien a condición de que los tomados en consideración sean siempre y sólo datos verbalizables y suficientemente verbalizados, para que resulten intersubjetivamente evaluables, susceptibles de un control racional de su valor convictivo mediante la puesta en relación con los de otra procedencia. Tendría poco sentido convocar a las partes a la interlocución rigurosa en el marco del juicio si el destinatario de lo producido en él pudiera, al fin, decidir como lo haría oráculo.

¹⁸ Un caso paradigmático y de cierta recurrencia en la práctica judicial es el de las causas penales por agresión sexual en las que el cuadro probatorio se reduce en exclusiva al señalamiento del acusado como autor por parte de la víctima y a la negación por éste de cualquier implicación en los hechos, sin corroboraciones posibles. En supuestos así, no es inusual que recaiga una sentencia condenatoria fundada en la simple afirmación –desnuda, por más retórica que se le eche encima- de que la testigo y perjudicada le pareció más creíble al tribunal.

4. La presunción de inocencia, regla de juicio

En la jurisprudencia española de la etapa postconstitucional son frecuentes las proclamaciones entusiastas del valor central de este principio en la economía del enjuiciamiento. Y hay que reconocer que, ciertamente, juega un papel relevante. Pero también es cierto que se está bastante lejos de reconocerle el que constitucional y metodológicamente le correspondería en toda su profundidad y extensión.

Una primera limitación es la que se expresa en la afirmación de que entre el principio de presunción de inocencia y el *in dubio pro reo* existe una diversidad de naturaleza, que tiene el consiguiente reflejo en la relevancia de la garantía y de las posibles vulneraciones: constitucional en el primer caso, y de mera legalidad ordinaria en el segundo. El Tribunal Constitucional español y, por su influencia, todos los restantes, entienden que el campo de operaciones del primero es el de la verificación de la *existencia* (objetiva) de verdadera prueba de cargo; mientras que el segundo sólo entraría en juego en un momento posterior, el de la *valoración* de la previamente constatada como existente. Con el resultado –conexo al aludido modo de entender la inmediatez– de que así cabría que otro tribunal, en vía de recurso, pudiera apreciar una eventual vulneración del principio de inocencia en la sentencia de primera instancia, puesto que se trataría de constatar la existencia de un *objetivo* vacío probatorio; mientras carecería, en cambio, de aptitud para conocer tratándose del *in dubio pro reo*, por el carácter personalísimo e intransferible de la valoración de la prueba realmente existente, en particular las manifestaciones del imputado y de los testigos. Esta demarcación tajante entre ambas dimensiones del principio de inocencia, erróneamente tratadas como si fueran dos principios distintos, ha experimentado cierta atenuación al entenderse que el de presunción de inocencia se vería asimismo comprometido cuando, existiendo *materialmente* prueba susceptible de ser valorada como de cargo, lo hubiera sido con infracción o al margen de las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia. Pero, en todo caso, permaneciendo siempre firme el aludido criterio de pretendida delimitación conceptual, por razón de la diversidad de naturaleza de esos dos planos.

La vigencia del principio de presunción de inocencia como regla de juicio impone al juez el deber de asumir, desde la neutralidad, la acusación

como una hipótesis que sólo puede llevarle a la afirmación de culpabilidad a través de la comprobación cuidadosa del fundamento probatorio de cada uno y de todos los elementos de la imputación, según lo que resulte del juicio. Cuando esa hipótesis no pueda entenderse confirmada habrá de prevalecer, sin reservas, la afirmación constitucional previa de inocencia del acusado. Así, desde este punto de vista, es claro que no cabe establecer una suerte de diferencia *ontológica* entre la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, por razón de su modo de incidir en el fenómeno probatorio. Antes al contrario, el segundo carece de autonomía conceptual respecto del primero, desde el momento en que todo lo que no es acreditada culpabilidad queda necesariamente comprendido en el ámbito de la inocencia, cuya afirmación definitiva después de un juicio debe ser incondicionada. Cuando se parte de la presunción de inocencia como presupuesto, el fracaso probatorio de la hipótesis de la acusación –sea cual fuere la causa– sólo puede confirmar el *status* de inocencia preexistente.

Otro terreno en el que el principio de que me ocupo experimenta un padecimiento sensible es el de la determinación de su ámbito de incidencia en relación con los elementos del delito. La cuestión a que me refiero tiene acabada expresión en numerosas sentencias de la sala penal del Tribunal Supremo español. Así, en la 935/1998, del 13 de julio, cuando proclama la necesidad de distinguir “el problema de la existencia o no de prueba de cargo [del] tema de las deducciones o inferencias, llamadas también juicios de valor sobre intenciones, que por no ser hechos en sentido estricto y no ser aprehensibles por los sentidos no pueden ser objeto de prueba propiamente dicha y quedan fuera del ámbito de la presunción de inocencia”. Con otras palabras, la intención, en tanto que factor integrante de la acción, que merece la consideración de elemento subjetivo del tipo, *no se probaría* propiamente hablando, sino que su determinación en el supuesto concreto será el resultado de *una valoración* jurídica (axiológica, se dice a veces), *de un juicio de valor del juez o tribunal*, cuyo espacio propio es el de la subsunción¹⁹. Este desplazamiento de la comprobación de la existencia de un elemento nuclear

¹⁹ En esos términos la sentencia de la misma sala 2084/2001, de 13 de diciembre, en la que se lee que es “el lugar propio de consideración de tales elementos subjetivos el proceso de subsunción de tales hechos en la norma jurídica aplicable”.

del delito al área de la interpretación, cual si se tratase de un aspecto más de la atribución de significado al enunciado normativo y no de la constatación de la existencia o no de un dato real que pertenece al *thema probandum*, expresa una notable precariedad en el aparato conceptual, que difícilmente puede darse sin consecuencias para la calidad del enjuiciamiento.

Una implicación esencial del principio de presunción de inocencia es la prohibición de valorar cualquier elemento probatorio *obtenido* con vulneración de un derecho fundamental en el acceso a la fuente o al medio de prueba correspondiente; ello en razón de que sólo puede condenarse en virtud de prueba de cargo válida. Tal exigencia tiene clara expresión en el art. 11,1 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial: “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Hasta el año 1998, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español el imperativo de exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas, incluidas las indirectas o reflejas tenía plena vigencia. Pero desde la sentencia no 81/1998 se produce un significativo recorte en el alcance de la garantía, con la acuñación de una categoría, la “conexión de antijuridicidad”.

El nuevo paradigma puede expresarse así: no basta que la información que permite acceder a una fuente de prueba haya sido adquirida a partir de otra obtenida mediante la violación de un derecho fundamental. Es decir, en un ejemplo recurrente, no resulta suficiente la ilegitimidad constitucional de la intervención telefónica que hizo posible la incautación de la droga, para que la declaración autoinculpatoria del imputado por la tenencia de la misma, al ser interrogado sobre la base del conocimiento obtenido a través del control de su teléfono, tenga que considerarse inválida e inutilizable. Además de esa relación genética (calificada de) *natural* entre los dos momentos del cuadro probatorio –dice el Tribunal Constitucional- deberá darse una conexión *jurídica*, la llamada *conexión de antijuridicidad*. Para determinar la existencia de ésta –continúa la alta instancia- hay que operar en dos planos. En el primero, denotado como *interno*, se ha de comprobar si la prueba refleja puede considerarse constitucionalmente legítima, esto es, jurídicamente ajena a la vulneración originaria del derecho fundamental. En el ejemplo aludido, tal sería el caso de las manifestaciones del imputado, reputadas prueba *independiente y ajena* a la interceptación telefónica

viciada, porque en el momento de esa declaración el derecho al secreto de las comunicaciones no habría experimentado - ¡obviamente!- una (otra) vulneración actual, por lo demás ya *innecesaria*. En el segundo plano, calificado de externo, habría que comprobar si la prohibición de valoración viene o no exigida por las necesidades de tutela del mismo derecho fundamental. Y al respecto, en casos como el contemplado, la respuesta suele ser que no, debido a que el imputado en cuestión habría declarado *con todas las garantías*, al haberlo hecho voluntariamente y asistido por su defensor en el juicio. De este modo, mientras un acusado que, en las condiciones dadas, negase la existencia de la droga, tendría que ser absuelto por falta de prueba válida; el que, rendido ingenuamente a la evidencia física del hallazgo de la droga en su poder, aceptase este dato, resultaría condenado. Y todo, en virtud del aludido artificio formal, construido a base de ignorar que cualquier pregunta acerca de la tenencia de la sustancia sólo podría hacerse desde la premisa de una existencia de la misma *procesal y lógicamente* insostenible en el contexto normativo que impone el precepto citado.

En efecto, con este modo de razonar, el Tribunal Constitucional *olvida* que su jurisdicción no se extiende al campo del diccionario ni al de la lógica. Al primero pertenece el sentido de los términos “directa o indirectamente”, empleados por el legislador para señalar de forma imperativa el alcance de la prohibición absoluta de utilizar los elementos de prueba viciados de inconstitucionalidad. Y, al segundo, la conclusión ineludible de que *la expulsión efectiva* del proceso de la fuente de prueba viciada y de su rendimiento, implica de forma necesaria eliminar del discurso probatorio una premisa que sería imprescindible para la identificación y el ulterior examen de la prueba indirecta o refleja. De manera que, al ser la prohibición de utilizar prueba ilícita una implicación lógica del principio de presunción de inocencia, en la forma que lo acoge el legislador español, la única clase de vinculación legítimamente atendible, y relevante, por tanto, es también de carácter lógico. Así las cosas, trasladar arbitrariamente el asunto a otro terreno es una forma, también arbitraria, de redimensionar gravemente a la baja la proyección de esa garantía constitucional.

5. La formación y la justificación de la convicción judicial

Hoy cualquier profesional de la jurisdicción suscribirá sin reservas la doble afirmación de que la convicción del juez debe formarse en virtud de criterios racionales, a tenor del resultado del juicio contradictorio, y motivarse debidamente. Ahora bien, abundan las sentencias que se abren con rotundas declaraciones en tal sentido, desmentidas a continuación por un modo de operar judicial que no se ajusta a ese paradigma.

Entre nosotros, la declaración del imputado ante la policía no tiene otro valor que el de simple denuncia y el contenido de la misma no podría ser objeto de lectura en el juicio para contrastar la veracidad de lo manifestado en él por aquél²⁰. Sin embargo, se ha considerado prueba válida al afecto de fundar la condena, la manifestación de un imputado, que no declaró ante el juez instructor ni ante el tribunal, sólo porque los funcionarios policiales ante los que sí lo había hecho en comisaría comparecieron en el juicio como testigos (Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2002). Con lo que el atestado policial que, por escrito, sólo tendría valor de denuncia en versión oral, resulta *transustanciado* en prueba plena. Con llamativa ruptura de esa lógica de fondo del proceso acusatorio que se cifra en la esencialidad del juicio en régimen de contradicción; y del principio *nemo tenetur se detegere*, hoy de indudable relevancia constitucional, que veta toda posibilidad de subrogación de alguien en el papel del imputado, asistido del derecho al silencio y de una singular y personalísima posición procesal. Máxime cuando resulta que la opción por el modelo de proceso que se expresa en estas exigencias responde no sólo a razones de garantía de derechos, sino también a requerimientos de método, tenidos como esenciales para alcanzar una verdad procesal de calidad.

En una sentencia del mismo tribunal, de 12 de febrero de 1993, se lee: “la convicción, que a través de la intermediación forma el tribunal de la prueba directa practicada a su presencia depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición, que no son expresables a través de una motivación”. Un conocido magistrado encontraba una buena razón

²⁰ Esta afirmación tiene apoyo nunca discutido en los arts. 297 y 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

para relativizar el deber constitucional de motivación en el hecho de que “en un tribunal colegiado (...) no todos sus miembros en su intimidad llegan a la conclusión de culpabilidad, y, por tanto, a la credibilidad de una prueba frente a otra, por el mismo camino y con idéntico recorrido”, por lo que no sabe “como habría de redactarse la sentencia condenatoria en estos casos”, pues “ni siquiera es fácil explicar por qué se inclinó un juez por uno u otro testimonio”²¹. Y en otra sentencia de la misma instancia, de 15 de mayo de 1992, se afirmaba: “Si en los hechos probados se describe de manera inequívoca la participación del acusado en los hechos y su actuación voluntaria y causal del resultado lesivo que luego se declara, supone una motivación más que suficiente”.

Las tres citas que acaban de hacerse ilustran con fidelidad hasta qué punto el paradigma del proceso acusatorio con todas sus implicaciones, tiene una vigencia que puede resultar bastante limitada. Entre otras cosas, por la relativización del valor del juicio como momento de adquisición de conocimiento válido; por la deficiente asunción de la mencionada dimensión de método del proceso contradictorio, debida a la creencia muy instalada de que en la decisión actúa un *sexto sentido* incontrolable, y que el deber de motivación sólo opera *ex post* y *ad extra*, de manera que su incumplimiento no obliga necesariamente a cuestionar la calidad de la decisión.

En efecto, el juicio oral, con la mayor frecuencia, tiende a convertirse en un espacio para la sanción meramente formal de informaciones obtenidas, en general, de forma unilateral en un anterior momento procesal (o incluso preprocesal); sin tener en cuenta que éstas, si aptas para justificar la necesidad de abrir el juicio, no pueden ocupar el lugar de las pruebas, que únicamente pueden producirse dentro de aquél. El conocimiento relevante para la decisión no llega al juicio desde afuera, sino que, como regla, debe obtenerse en él, de ahí su centralidad, que no es meramente ritual o simbólica, sino de raíz epistémica: sólo en ese contexto de interlocución real entre las partes, el juez puede gozar de la condición de *tercero* y de la aptitud precisa para evaluar como tal, con el debido rigor, la calidad explicativa de las hipótesis en presencia. Por eso, cabe decir, el principio de contradicción

sólo actúa como garantía en la medida en que resulte activamente asumido en esa primera dimensión metódica.

De ahí también que la motivación, *además* de cumplir una función explicativa o de justificación a posteriori, debe hacerse presente como conciencia actual de deber en todo el curso del enjuiciamiento, bajo la forma de control de racionalidad de las propias inferencias y del propio proceso discursivo por parte del juez. Este, en rigor, sólo está autorizado a introducir en su razonamiento decisorio aquellas impresiones que sea capaz de verbalizar y se abstendrá de decidir lo que no pueda justificar satisfactoriamente. Es la única manera de que el deber de motivación *preactúe*, haciendo que el juez se mueva sólo en el ámbito de lo justificable. Por eso, si podría decirse que no hay conocimiento válido antes y fuera del juicio, cabe afirmar que tampoco puede haberlo con independencia o al margen de una rigurosa observancia del deber de motivar.

Tomar el proceso en serio, que es una condición *sine qua non* para hacer lo propio con los derechos, reclama asumir con coherencia la aludida polivalencia del mismo, y la recíproca interconexión y condicionamiento de las dos dimensiones o momentos reiteradamente aludidos. Sólo así podría llegarse a una eficaz superación de la lógica inquisitorial que sigue latiendo en la cultura y en la práctica de muchos jueces y fiscales y en amplísimos sectores de juristas con tanta fuerza como ponen de manifiesto los ejemplos traídos aquí. Es claro, pues, que la tarea –como las propias implicaciones de la experiencia procesal- reclama de forma vehemente una clase de compromiso que desborda con amplitud los límites del palacio de justicia, para interpelar vivamente a la cultura jurídica.

Verdad y prueba en el proceso acusatorio

Truth and Evidence in the Adversarial System

Andrés Bouzat*
Alejandro S. Cantaro**

Resumen: En el marco de este trabajo daremos por presupuesto que el procedimiento pretende determinar la verdad de los hechos. Sobre esa base nos ocuparemos de algunas distinciones relevantes, a saber, la distinción entre la justificación normativa de una norma individual -con que se identifica la parte resolutive de una sentencia- y la justificación normativa de la acción del Juez de decidir el caso en un determinado sentido; y la distinción entre las nociones de prueba y verdad. Esas distinciones –básicamente coincidentes con las ideas expuestas por Taruffo- nos permitirán establecer el marco conceptual a partir del cual plantearemos unas discrepancias con las ideas expuestas por el autor y que se vinculan con los roles -institucionales y epistémicos- de los jueces en el proceso penal.

Palabras clave: Justificación normativa, Norma individual, Decisión judicial, Rol institucional, Rol epistémico

Abstract: In this paper, we will assume that the criminal trial aims at determining the truth of the facts. On that basis, we will deal with some relevant distinctions, namely, the distinction between the normative justification of an individual norm -which is the conclusion of a judicial decision- and the normative justification of the action of the judge to decide the case in a certain sense; and the distinction between the notions of evidence and truth. These distinctions –basically coinciding with the ideas presented by

* Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina

** Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina..

Taruffo- will allow us to establish the conceptual framework from which we will propose some discrepancies with the ideas presented by the author and which are linked to the roles -institutional and epistemic- of judges in criminal trials.

Keywords: Normative Justification, Individual Norm, Judicial Decision, Institutional Role, Epistemic Role

1. Introducción

En “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, Michele Taruffo nos presenta aspectos muy importantes sobre el concepto de justicia de la decisión judicial. Independientemente del criterio jurídico que se emplee para definir y valorar la justicia de la decisión –sostiene el autor–, se puede asegurar que ésta jamás será justa si se funda sobre una comprobación errónea o inverosímil de los hechos. En otros términos, la veracidad del juicio sobre los hechos es una condición necesaria (obviamente no suficiente) para que se pueda decir que la decisión judicial es justa. A partir de esta afirmación, aborda cuestiones relativas al problema de si la comprobación de la verdad de los hechos pueda o deba ser considerada como una finalidad del proceso judicial y cuál sea la función de la prueba para establecer esta verdad. Finalmente se ocupa del rol del juez a partir de la concepción de su función de juzgar.

Obviamente, el debate en juego presupone, entre otras cosas, una compleja discusión filosófica acerca de si el procedimiento deba o pueda tender a la determinación de los hechos verdaderamente ocurridos y si el juez pueda o esté obligado a establecer la verdad. En el marco de este trabajo, de todos modos, no nos ocuparemos de tales cuestiones dando por supuesto que el procedimiento pretende determinar la verdad de los hechos, y que el juez está, en algún sentido, obligado a establecer la verdad²².

²² Ello sin perjuicio de sostener, con Alchourrón y Bulygin, que un fracaso en la determinación de la verdad –mientras sea excepcional– no invalida la decisión del juez, que es considerada válida y produce todos sus efectos jurídicos... “*Este es el precio que el derecho está dispuesto a pagar en aras de la seguridad y de la paz social...por poder resolver los conflictos*”

Nos ocuparemos, en cambio, de recoger algunas distinciones relevantes, a saber, la distinción entre la justificación normativa de una norma individual -con que se identifica la parte resolutive de una sentencia- y la justificación normativa de la acción del Juez de decidir el caso en un determinado sentido²³; y la distinción entre las nociones de prueba y verdad. Esas distinciones -básicamente coincidentes con las ideas expuestas por Taruffo- nos permitirán establecer el marco conceptual a partir del cual plantearemos unas discrepancias con las ideas expuestas por el autor en la parte final y que se vinculan con los roles -institucionales y epistémicos- de los jueces en el proceso penal, ya que nuestro marco de análisis estará constituido por el proceso penal.

2. Justificación normativa de la decisión: decisión justa y decisión justificada

La primera cuestión de la que nos ocuparemos es de examinar la tesis presentada por el autor acerca de la justicia de la decisión judicial. Sucintamente, Taruffo sostiene que la decisión del juez puede ser considerada como *justa* sólo si en ella existen condiciones que son consideradas como determinadas por el respeto a criterios *sustanciales* de justicia. Agrega que la decisión judicial puede considerarse justa bajo un perfil sustancial solo si deriva de la correcta aplicación de la regla de derecho que gobierna el caso singular. Sustancialmente se tiene una aplicación correcta de la regla de derecho al caso concreto sí y sólo sí: a) la norma es adecuada al caso y viene interpretada correctamente; y b) los hechos que constituyen el caso han sido verificados en modo verdadero.

Esto significa que la decisión justa, para el autor, es aquella que importa la aplicación de la norma general al caso individual. Ricardo Caracciolo ha

sociales dentro de ciertos límites temporales... Porque además de establecer la verdad, el derecho está interesado primordialmente en solucionar conflictos sociales. (1993, p. 313)

²³ Caracciolo, 2000.

explorado en profundidad la relación existente entre *justificar* una sentencia y *aplicar* una norma, llegando a las siguientes conclusiones²⁴:

1. Aplicar una norma general N a un suceso S consiste en utilizar N para determinar una consecuencia normativa ante la ocurrencia de S. Una vez establecida N como premisa mayor del razonamiento judicial, la consecuencia normativa –norma individual- tiene que seguirse lógicamente de la descripción de S. Para ello es preciso que esa descripción muestre que S constituye un caso individual del caso genérico previsto en N.

2. La de justificación es una noción relacional, que hace referencia a la relación existente entre un dominio de *razones* y un contradominio que hay que justificar (normas, acciones, creencias, proposiciones, etc.). La justificación normativa es una relación de justificación cuyo dominio son normas, aunque en su contradominio pueden haber otras normas o acciones. Una norma N justifica a otra norma N1 si y solo si la implica lógicamente. La relación de justificación entre normas y acciones, en cambio, no es una relación de implicación lógica: las normas no implican acciones, solamente permiten, prohíben u obligan a realizar ciertas acciones. La expresión decisión judicial es ambigua: por un lado designa una *acción* del juez; por otro, se refiere a la *norma individual* con que se identifica la parte dispositiva de la sentencia

3. Justificar una norma individual es lo mismo que aplicar una norma general a un caso individual. Pero para que se trate de una genuina aplicación de una norma a un *hecho* (y no meramente a la descripción de un hecho) es necesario que el enunciado fáctico que constituye la premisa menor del razonamiento sea verdadera. Si el enunciado fáctico es falso, la norma general invocada por el juez no constituye una razón que justifique la sentencia si es que ésta tiene que constituir el resultado de un acto de aplicación del derecho.

4. Una cosa es la verdad de un enunciado fáctico y otra distinta las razones que se tienen para *aceptar*²⁵ la verdad de un enunciado fáctico. Los

²⁴ Caracciolo, 2000.

²⁵ Si bien Caracciolo utiliza la noción de “razones para creer en la verdad”, nosotros seguiremos la reconstrucción de Jordi Ferrer Beltrán quien, siguiendo a Jonathan Cohen, concibe a la actitud proposicional de quien considera que está probado un enunciado de hecho, como la aceptación de esa proposición. La idea de aceptación de una proposición es un estado

medios probatorios cumplen la función de suministrar razones de este tipo. Los medios de prueba constituyen razones que justifican la aceptación de la verdad de un enunciado fáctico, de modo tal que el enunciado fáctico está justificado en relación a esas razones.

5. Teniendo en cuenta la diferencia apuntada entre la justificación normativa de una norma y la justificación normativa de una acción, es perfectamente posible que la norma individual no esté justificada –porque el enunciado fáctico utilizado como premisa menor es falso- pero que la decisión de adoptar ese enunciado fáctico como premisa menor sí esté justificada, lo que sucede, i.e., si otra norma N2 permite u obliga al juez a adoptar ese enunciado fáctico como premisa.

6. Cabe suponer que el proceso judicial tiene la función de asegurar la aplicación del dominio de normas jurídicas de modo tal de obtener normas individuales justificadas. Si ello es así –en la medida en que la norma individual está justificada si y solo si la premisa fáctica es verdadera- la obligación o la facultad del juez de adoptar una determinada premisa factual tiene que ser una función de la prueba agregada en el proceso, entendida como un conjunto objetivo de razones para aceptar.

El análisis de Caracciolo constituye una fina reconstrucción que da cuenta de algunas de las afirmaciones sostenidas por Taruffò. La idea del autor mencionado en último término, de que sólo constituye una decisión judicial justa aquella que se funda en premisas fácticas verdaderas (además de basarse en una premisa normativa aplicable y correctamente interpretada) es una forma de decir que sólo constituye una decisión judicial justa aquella que produce una norma individual justificada.

mental consistente en tener o adoptar la política de usar la proposición en el razonamiento en algún contexto. Esta noción es intencional ya que se considera la aceptación como un acto voluntario, lo que no es el caso respecto de las creencias “(...) En todos los casos, sin embargo, la aceptación de p hace que ésta se incluya en el razonamiento como si fuera verdadera. Esto es, se acepta p como premisa verdadera (lo sea o no). El sistema jurídico establece en sus normas sustantivas una serie de consecuencias jurídicas para el caso en que se den ciertos supuestos de hecho. Las reglas de la prueba y la actividad probatoria sirven para determinar en cada caso si se han producido o no esos supuestos de hecho. Por ello, de forma independiente de las razones que se tengan para aceptar la premisa fáctica, ésta se incluye en el razonamiento como si fuera verdadera, esto es, como si el supuesto de hecho se hubiera producido”. Ferrer Beltrán, 2001, pp. 73-96.

Este análisis también permite dar cuenta del hecho incontrovertible de que los procesos penales son mecanismos de *justicia procesal imperfecta*. El rasgo característico de la justicia procesal imperfecta es que, si bien existe un criterio independiente para el resultado correcto, no hay ningún procedimiento factible que conduzca a él con seguridad²⁶. El resultado deseado de un juicio penal es que el acusado sea declarado culpable si y solo si ha cometido el delito que se le imputa. El procedimiento ha sido dispuesto para buscar y establecer la verdad del caso, pero parece imposible diseñar normas jurídicas tales que conduzcan siempre al resultado correcto. El problema radica, entonces, en la posibilidad de que las sentencias judiciales no reflejen la verdad fáctica.

Ferrajoli distingue entre el *significado* de la verdad, que identifica con la idea de correspondencia entre el enunciado y los hechos, y los *criterios* subjetivos de decisión de la verdad, entre los que destaca la *coherencia* y la *aceptabilidad justificada*²⁷. Califica a la verdad, en el plano semántico, como *correspondencia sólo por lo que sabemos* y sólo de forma *aproximativa*, e indica que los dos criterios son necesarios en el plano sintáctico y en el plano pragmático, para establecer la verdad.

Vemos entonces que la *verdad procesal* es relativa al conjunto de datos del que dispone el decisor, y en ello no difiere demasiado de la verdad

científica. Siempre las teorías dependen de los datos, aunque resulten sub-determinadas informativamente por los datos²⁸. El Juez debe inclinarse por considerar suficientemente probada la hipótesis de la acusación si ésta se apoya en elementos de prueba y no ha sido convenientemente refutada por la defensa. Este procedimiento tiende a la resolución correcta de la mayoría de los casos judiciales, pero no garantiza resultados correctos en ningún caso judicial particular. Siempre es posible que la inverosímil y no probada hipótesis de la defensa sea verdadera, y que la plausible y probada hipótesis del acusador sea falsa. Es claro que las garantías epistemológicas son meramente probabilísticas, y que nada aseguran en los casos particulares. Habrá menos casos en que personas inocentes puedan ser declarados

²⁶ Véase Rawls, 1993, p. 109.

²⁷ Ferrajoli, 1995, p. 66.

²⁸ Rescher, 1999, pp. 52-53.

culpables, pero siempre existirán esos casos. La aplicación de las normas jurídicas se efectúa mediante decisiones imparciales; esas decisiones deben justificarse en las normas jurídicas generales y en los enunciados relativos a los hechos probados del caso; pero el hecho de que una decisión judicial esté justificada en la norma general y en los enunciados fácticos probados no implica que se trate de un acto de aplicación correcta del derecho.

Como explica Caracciolo²⁹, es posible que una norma individual no esté justificada en una norma general porque los hechos imputados no ocurrieron como se los describe en la sentencia, pero que, sin embargo, sí esté justificada la decisión de adoptar como premisa fáctica el enunciado que da cuenta de esos hechos. Tenemos entonces decisiones judiciales justificadas, pero no normas individuales justificadas. También, consiguientemente, pueden existir normas individuales justificadas en normas generales, pero que no sean el resultado de decisiones judiciales justificadas, porque no hay razones que justifiquen la decisión de adoptar la premisa fáctica de la decisión (i.e., cuando se condena a un culpable contra el que no hay pruebas legales de cargo). Y estas aparentes paradojas se producen porque existen al menos tres cosas que deben ser distinguidas cuidadosamente: la *verdad* de los enunciados de hecho que constituyen la premisa fáctica de la decisión judicial (1° nivel); el *conocimiento de la verdad* de esos enunciados fácticos (2° nivel); y las *razones para aceptar la verdad* de esos enunciados fácticos (3° nivel).

En suma, la idea de que el proceso penal es un mecanismo de justicia procesal imperfecta puede expresarse diciendo que el proceso penal -correctamente desarrollado- solo garantiza una *decisión judicial justificada*, pero no garantiza una *norma individual justificada*. Ello, porque la decisión judicial está justificada en la medida en que existan razones para aceptar la verdad de la premisa fáctica de la sentencia (nivel 3°), mientras que la norma individual está justificada en la medida en que la premisa fáctica sea verdadera (nivel 1°).

La idea de mecanismo de justicia procesal imperfecta no es asimétrica: solamente implica que una decisión judicial justificada puede no constituir una norma individual justificada. Pero en modo alguno dicha idea puede dar cuenta de otra situación distinta: que una norma individual justificada

²⁹ Caracciolo, 2000.

(i.e., condenar a un homicida) pueda ser impuesta mediante una decisión judicial injustificada (fundar la condena en pruebas inventadas). Que el proceso penal es un mecanismo de justicia procesal imperfecta significa que dicho mecanismo sólo puede asegurar decisiones judiciales justificadas, y no decisiones judiciales justas. En tanto que la justicia de la decisión depende de la verdad de los enunciados fácticos, y siendo que las pruebas producidas en el proceso no aseguran la verdad de los enunciados fácticos (solamente dan razones para aceptar la verdad de dichos enunciados fácticos), el proceso penal no puede asegurar la justicia de la decisión.

A esta altura del análisis nos damos cuenta que los conceptos que venimos analizando, i.e. decisión justa, norma individual justificada, decisión justificada, justicia procesal imperfecta, conceptos todos vinculados con la distinción introducida por Caracciolo, nos conducen al análisis de otra distinción, a saber, la existente entre la prueba de un hecho y la verdad de un hecho, o, mejor dicho, entre la *prueba* y la *verdad* de los *enunciados fácticos* utilizados por el juez. Es que la distinción entre la prueba de la premisa fáctica y verdad de la premisa fáctica es el presupuesto conceptual de las demás distinciones analizadas hasta ahora.

3. Prueba y verdad: la determinación de la verdad de los enunciados fácticos

La exigencia de verdad del enunciado fáctico para considerar justificada una sentencia depende de los medios probatorios de la verdad, que están restringidos y su uso está reglado por las normas del proceso penal. De ahí que el proceso judicial entraña un procedimiento determinativo de los hechos que consiste en la verificación de la verdad de ciertos enunciados empíricos, sujeto a limitaciones temporales y que finaliza por medio de la decisión de un juez, tribunal o jurado.

Ferrajoli sostiene que la verdad procesal (o formal), es sólo una verdad aproximativa respecto del modelo ideal de la perfecta correspondencia. Este ideal permanece nada más que como tal. En efecto, la imposibilidad de formular un criterio seguro de verdad de las tesis judiciales depende del hecho de que la verdad cierta, objetiva, o absoluta representa siempre

la expresión de un ideal inalcanzable. Como máximo, sostiene este autor, podemos -y debemos- pretender que en cuanto descubramos la falsedad de una o varias tesis de una teoría, ésta debe ser rechazada o reformada³⁰. La aceptación de esta verdad procesal (como meta del proceso en un sistema acusatorio), nos permite desechar el sofisma de que no existen alternativas entre verdad como correspondencia (entendida como una verdad objetiva y absoluta) y verdad consensual. Esta verdad procesal -propia de un modelo formalista- es aquella que se obtiene en el respeto de las reglas de enjuiciamiento, y por lo tanto, será inevitablemente limitada, al caracterizarse por ser el producto de un proceso de conocimiento que adopta como punto de partida el principio de presunción de inocencia³¹. Así, sin llegar a ser esta verdad una verdad absoluta (que como ya se dijera, no representa más que un ideal inalcanzable), se presenta como una verdad “suficiente” para el proceso, que, respetando las garantías de los individuos, se aleja de

³⁰ Como bien lo apunta Guillermo Orce (1998, p. 260 y ss.), Ferrajoli enfatiza el carácter siempre hipotético y conjetural, alejado de toda certeza verificatoria, de la verdad procesal. Siguiendo a este último autor, sostiene Orce que el razonamiento podría ser entonces el siguiente: si la ciencia, paradigma de la racionalidad, renuncia a pretender la certeza, y la aplicación del Derecho para ser legítima debe perseguir la racionalidad propia de la ciencia, es coherente que también se renuncie a alcanzar esa certeza en el Derecho Procesal. De todas maneras, Orce considera que la comparación entre la búsqueda de la verdad del proceso penal (aún en su forma acusatoria) y la verdad científica, es incompatible, por un lado, porque las hipótesis acusatorias sobre hechos en el proceso penal son enunciados estrictamente existenciales (no universales), que por lo tanto no pueden ser falsados (lo cual no implica que no puedan ser contradichos) ya que sólo son enunciados falsables aquellos que tienen la forma lógica de enunciados estrictamente universales, y por el otro lado, porque cuando la sentencia en el proceso penal ha pasado en autoridad de “cosa juzgada”, ya no es posible falsarla ni refutarla, sino que se ve verificada de manera científica, autoritaria, y decisionista (con ésto señala el autor la diferencia entre las sentencias judiciales y las teorías científicas, que no son nunca verificables sino sólo falsables, y que hasta tanto se produzca la falsación en concreto -la aparición del caso particular prohibido por la teoría-, la hipótesis sigue teniendo el carácter de provisional y sigue siendo permanentemente sometida a prueba). Otras reglas del derecho procesal penal podrían ser citadas aquí como métodos contrarios a los empleados en la ciencia; vgr., el principio “in dubio pro reo”, la presunción de inocencia, etc.

³¹ Véase Andrés Ibáñez, 1992b, p. 56. Señala el mismo autor (Andrés Ibáñez, 1990, p. 89) que adoptar un modelo de verdad como “correspondencia” no implica que ésta deba ser necesariamente de carácter ontológico o metafísico, y se pregunta qué puede tener que ver con la existencia o inexistencia de un hecho, con la verdad, el acuerdo basado en consideraciones de carácter táctico-procesal y ajenas a la determinación del dato histórico.

la verdad material o sustancial propia del sistema inquisitivo, para ubicarse prácticamente en una posición antagónica a ésta.

Esta idea de *verdad procesal*, a nuestro criterio, es una muestra de la confusión bastante frecuente entre *verdad* y *prueba*³², ya que la idea de que existan dos clases de verdad empírica es ininteligible³³. Como explican Alchourrón y Bulygin, la verdad de un enunciado empírico –i.e. “Juan mató a Alfredo”– sólo depende de las reglas semánticas del lenguaje usado y de los hechos denotados por el enunciado y el hecho que el juez afirme ese enunciado es absolutamente irrelevante para la verdad del mismo. Pero para castigar a Juan el derecho no sólo requiere que el enunciado sea verdadero, sino también que haya sido probado en juicio, de ahí que –siguiendo a los autores citados– el proceso judicial entrañe un procedimiento determinativo de la verdad de ciertos enunciados fácticos.

La distinción entre *prueba* y *verdad* permite dar cuenta del hecho uniformemente reconocido de que una sentencia penal que condene a Juan por homicidio puede ser válida aunque sea falso el enunciado: “Juan mató a Alfredo”. Pero no será válida, en cambio, una sentencia penal que condene a Juan por homicidio, si no hay pruebas que acrediten más allá de toda duda razonable la verdad del enunciado “Juan mató a Alfredo”, aún cuando dicho enunciado sea verdadero.

En este sentido sostiene Ferrer³⁴, criticando la concepción de que la verdad es condición necesaria pero no suficiente de la prueba de un enunciado, que: “(...) una hipótesis sobre los hechos puede resultar probada aún cuando sea falsa, lo que significa que no se exige la verdad del enunciado para poder considerar que el enunciado está probado...” .

En la misma dirección que sigue Ferrer entendemos que los enunciados declarativos de hechos probados son relacionales, de modo que no puede afirmarse en modo absoluto que esté probado el enunciado “Juan mató a Alfredo”, sino únicamente con relación a un determinado conjunto de elementos de prueba; afirmar que ese enunciado está probado, significa que ese conjunto de elementos de prueba aporta apoyo suficiente para la afirmación.

³² Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 310.

³³ Caracciolo 2000.

³⁴ Ferrer Beltrán, 2001.

Así, no podrá decirse que la distinción entre *verdad* y *prueba* se oponga a la concepción de la verdad como “correspondencia” entre el enunciado y los hechos. Por el contrario la distinción permite, precisamente, seguir sosteniendo que la verdad es una relación entre el enunciado y la realidad, independientemente de que existan razones para aceptar o creer que es verdadera. Mientras la verdad de un enunciado es una relación entre éste y los hechos realmente acaecidos, la prueba de un enunciado es una relación entre éste y un conjunto de elementos de juicio que suministran buenas razones para aceptar la verdad del mismo.

Como dicen Alchourrón y Bulygin: “...los hechos son lo que son y no lo que los jueces dicen que son...” y –agregamos nosotros– lo que las pruebas reunidas en un proceso indican. Y siguen diciendo: “...que el procedimiento tendiente a determinar los hechos termine en una decisión del juez, basada en la prueba producida en un lapso determinado, no altera el hecho de que este procedimiento pretende determinar la verdad y que el juez está obligado a buscar la verdad...”³⁵.

Lo dicho no difiere de cuanto sostiene Taruffo en su escrito, cuando dice que la prueba suministra información en torno al contenido de un enunciado, y permite conocer la circunstancia de la que el enunciado se ocupa, con la consecuencia que el enunciado mismo podrá ser considerado como verdadero o falso sobre la base de las pruebas que le son atingentes. Correlativamente, para el autor, se puede decir que el hecho viene conocido, sobre la base de las pruebas que demuestran la verdad del enunciado que lo refieren.

Por ello nos atrevemos a sostener que lo que hemos expuesto en estos dos capítulos no se enfrenta, sino que más bien complementa lo expuesto por Taruffo. Así concluimos que la distinción conceptual entre *prueba* y *verdad*, no implica –en modo alguno– negar la relación que existe entre ambos conceptos. La prueba de un enunciado fáctico significa que hay elementos de juicio suficientes para aceptar ese enunciado como si fuera verdadero y lo que justifica la decisión judicial es la prueba de la premisa fáctica, aún cuando de ser falso el enunciado la decisión sea injusta y no constituya una norma individual justificada.

³⁵ Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 313.

4. Función del juez en el sistema acusatorio

Como anticipamos que uno de los puntos que deseábamos abordar en el marco de este escrito era la formulación de algunas distinciones acerca de la función (o rol) epistémico y la función (o rol) institucional del juez en el marco de un proceso penal garantista³⁶, resta ahora una consideración acerca de cuál sea la concepción acerca de la actividad del juez con relación a la prueba, más compatible con la función del juez que presida un tal proceso garantista.

Dicho esto resta considerar el punto sobre el rol institucional del juez vinculado a su función epistémica. En su escrito Taruffo afirma lo siguiente:

a) El sentido que se atribuya a la posición del juez depende de cómo se conciba la función de juzgar. Si se entiende, como hacen muchos, que el juez tenga sólo el rol de un árbitro pasivo del encuentro entre las partes, con la sola función de sancionar las violaciones de las reglas del juego, entonces no se espera que el juez establezca la verdad de los hechos en ningún sentido del término. En este caso es difícil (si no imposible) explicar cómo haga el juez para formular su decisión, ni cuál sea la función de la prueba. Es claro que en esta dimensión no encuentra espacio alguna teoría de la decisión justa.

b) Por otro lado si se piensa que la función de la decisión sea simplemente aquella de poner fin a la controversia, y que éste sea el objeto fundamental del proceso, no es relevante si la decisión se funda o no sobre enunciados fácticos verdaderos, y ni siquiera si aplica o no en modo apropiado la norma jurídica que regula el caso. En el proceso entendido como libre competición de las partes, en la cual el juez tiene sólo una función equivalente a la del árbitro deportivo, vence por definición el más hábil o el más fuerte, no aquel que tendría razón sobre la base de los hechos o de las reglas jurídicas.

c) Si, en cambio, se estima que el juez, además de gobernar el proceso, sea también el garante de la correcta aplicación de la ley y tenga el

³⁶ Regido por lo que Ferrajoli llama *principio de estricta jurisdiccionalidad*, que exige la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias y su prueba empírica en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación.

deber fundamental de asegura la tutela efectiva de los derechos, entonces el acento se desplaza necesariamente sobre los criterios en función de los cuales el juez formula su decisión. Se espera, dentro de esta perspectiva, que tal decisión no sea “cualquier decisión”, que sería aceptable en tanto lograra poner fin “en cualquier modo” a la controversia, sino que sea una decisión justa en el sentido definido antes. Ello implica que la decisión derive de la correcta aplicación de las reglas jurídicas que gobiernan el caso, y la correcta aplicación de la ley al caso concreto implica que hayan sido verificados los hechos “justos”, o sea se establezca la verdad o falsedad de los enunciados respectivos sobre la base de las pruebas disponibles.

Nosotros claramente creemos que el rol del juez en un proceso penal garantista se deduce del principio de contradictoriedad del modelo acusatorio y que la función de juzgar, sin poder producir pruebas, implica una posición de tercero imparcial a las partes. Esta ajenidad institucional a los intereses de las partes, no resulta a nuestro juicio incompatible con la garantía que detenta sobre la correcta aplicación de la ley y la aseguración de la tutela efectiva de los derechos de las partes.

En punto a la afirmación descrita en el acápite a), aparece cuanto menos como exagerada. Hay un sentido en el cual aún el juez árbitro establece la verdad de los enunciados fácticos. En la medida en que el juez árbitro regula los medios de prueba admisibles y valora el resultado de la actividad probatoria producida por las partes, puede esperarse de él que establezca –en algún sentido, que se sigue de la relación, ya reseñada, entre prueba y verdad– la verdad de los hechos. Lo que ocurre es que el juez árbitro debe establecer esa verdad utilizando el material probatorio aportado por las partes. En este sentido hay una diferencia entre el científico y el juez, ya que este último no se proveerá por si mismo de los medios probatorios, sino que valorará los que aporten las partes. Mientras el científico puede investigar en dirección al establecimiento de la verdad de los hechos bajo análisis, al juez –en el modelo acusatorio– le está vedado tal actividad. Pero de ello no se sigue que no puede esperarse de él una actividad tendiente al establecimiento de la verdad, en este sentido. Valorar la prueba, en síntesis, es una forma de determinación de la verdad de los enunciados de hecho, más allá de quién aporte los medios de prueba.

En cuanto a la segunda de las afirmaciones (transcripta en b), quisiéramos apuntar que de la concepción del juez como árbitro no se sigue que su función deba limitarse a poner fin de cualquier modo a la controversia. Ello no se afirma siquiera del referee de una contienda deportiva –del que no se espera que su rol esté limitado a terminar el encuentro de cualquier manera–. Además, éste juez árbitro gobierna el proceso para que éste alcance su finalidad de establecer la verdad, en el sentido ya reseñado en cuanto producto de la valoración de las pruebas producidas. Pero el carácter de tercero imparcial del juez impide que respecto de las pruebas haga algo más que juzgar sobre su legalidad y valorar su fuerza probatoria. El juez sí establecerá la verdad en el sentido que relevará la correspondencia entre las pruebas y las premisas fácticas que las partes han propuesto para juzgar sobre su ocurrencia.

Con respecto a la última de las afirmaciones del autor, que hemos reseñado como c), puede decirse que en la medida que la idea de gobernar el proceso incluya el control de legalidad de la prueba y la valoración de la misma, no hay nada que haga incompatible esta concepción de las funciones del juez con la correcta aplicación de la ley y la tutela efectiva de los derechos.

Para nosotros la concepción de la función judicial como gobierno del proceso, lo que incluye el control de legalidad en la producción y la valoración de la prueba, es la más compatible con el modelo acusatorio garantista. Y en modo alguno se opone a la idea de decisión justa y de determinación de la verdad en el sentido indicado antes.

Si bien Taruffo en su trabajo critica la concepción del juez como mero gobernante del proceso, no presenta explícitamente una concepción alternativa. Además presenta ciertos argumentos en contra del modelo criticado que se tornan verdaderos por definición, al identificar al juez árbitro con un juez cuya única función es poner fin al proceso de cualquier modo.

Pareciera que de las críticas de Taruffo pudiera seguirse que el juez, para no ser un mero árbitro del proceso, debería hacer algo más en materia probatoria que controlar su legalidad y valorar la prueba. Ello en la medida en que sostiene que de tal modelo de juez no se espera que establezca la verdad de los hechos. Teniendo en cuenta que en el modelo acusatorio del garantismo la duda fáctica siempre opera en favor del imputado, si ante

tal situación el juez, pudiera o tuviera que realizar cualquiera actividad probatoria adicional para despejar la duda y establecer de ese modo la verdad de los hechos, necesariamente dicha actuación sería contraria a los intereses del imputado. Mientras que la regla de la duda favorece al imputado, cualquier actividad probatoria tendiente a salir de ese estado favorece a los intereses de la acusación; ergo, si tal actividad es realizada por el juez, implica el abandono de su situación de imparcialidad, conceptualmente vinculada con la función de juzgar³⁷.

La limitación, que aquí sostenemos, de las facultades epistémicas del juez, está relacionada con la necesaria limitación de sus facultades institucionales. En el proceso acusatorio, las facultades epistémicas del juez consisten en el control de la legalidad y la valoración de las pruebas, y básicamente en esto último, ya que el control de legalidad se funda en razones de tipo normativo, no epistémicas. Tales facultades epistémicas no incluyen la realización de cualquier actividad tendiente a salir de la duda y averiguar la verdad por medios distintos a los ofrecidos y producidos por las partes.

Hemos dicho que en un modelo de justicia procesal imperfecta como es el proceso penal, el ideal es que se condenen la menor cantidad de inocentes posibles y para ello existe la regla de la absolución en caso de duda; es posible entonces que surja la tensión entre verdad y libertad al momento dictarse una decisión judicial. En la medida en que las garantías orgánicas son previas a las procesales y la de la imparcialidad del juez es la fundamental y estructural con respecto a todas las demás, si ocurriera que el juez abandona su rol imparcial en búsqueda del establecimiento de la verdad, dicha verdad podrá ser establecida pero dejará de ser instrumental a la libertad.

³⁷ La imparcialidad es, según Ferrajoli, el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio y presupuesto estructural y lógico de todos los demás.

Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba*

*Some Remarks on the Assessment of Evidence***

Michele Taruffo

Resumen: Las contribuciones de Perfecto Andrés Ibáñez, de Marina Gascón Abellán y de Andrés Bouzat y Alejandro S. Cantaro convergen en buena medida con las tesis de fondo que he expuesto tanto en el artículo que es objeto de esta discusión como, de una manera más amplia y en profundidad, en otros escritos míos. Me enfrento, por tanto, más que a objeciones o críticas, a una serie de estimulantes reflexiones que me inducen a profundizar, y quizás también a aclarar, algunos aspectos de mi pensamiento. Para hacer esto me parece oportuno, con el fin de evitar repeticiones, no comentar detalladamente aquello que cada uno de los autores ha escrito, sino concentrar la atención sobre los problemas más importantes que han puesto de manifiesto.

Palabras clave: Inmediación, Libre valoración, Cognitivismo acrítico, Verdad absoluta, Verdad relativa

Abstract: The texts by Perfecto Andrés Ibáñez, Marina Gascón Abellán and Andrés Bouzat and Alejandro S. Cantaro converge to a large extent with the substantive theses that I have presented both in the article that is the subject of this discussion and, in a broader and more comprehensive way, in depth, in other writings of mine. Therefore, I am faced, more than objections or criticism, with a series of stimulating reflections that induce me to deepen, and perhaps also clarify, some aspects of my thinking. To

* Traducción de Daniel González Lagier.

** Università di Pavia, Italia.

do this it seems appropriate, in order to avoid repetitions, not to comment in detail on what each of the authors has written, but to focus attention on the most important problems they have highlighted.

Keywords: Immediacy, Free Assessment, Uncritical Cognitivism, Absolute Truth, Relative Truth

Al leer las contribuciones de Perfecto Andrés Ibáñez, de Marina Gascón Abellán y de Andrés Bouzat y Alejandro S. Cantaro encuentro con agrado una convergencia sustancial con las tesis de fondo que he expuesto tanto en el artículo que es objeto de esta discusión como, de una manera más amplia y en profundidad, en otros escritos míos³⁸.

Me enfrento, por tanto, más que a objeciones o críticas, a una serie de estimulantes reflexiones que me inducen a profundizar, y quizás también a aclarar, algunos aspectos de mi pensamiento. Para hacer esto me parece oportuno, con el fin de evitar repeticiones, no comentar detalladamente aquello que cada uno de los autores ha escrito, sino concentrar la atención sobre los problemas más importantes que han puesto de manifiesto.

1. Una cuestión que destaca en gran medida, especialmente en las consideraciones de Perfecto Andrés Ibáñez y de Marina Gascón Abellán, se refiere a la *inmediación* del contacto del juez con la prueba y la concepción según la cual el juez se formaría sobre la prueba una “íntima convicción” subjetiva y no susceptible de ser racionalizada que, en cuanto tal, no podría ni ser expresada ni justificada en la motivación de la sentencia.

Mi opinión al respecto coincide sustancialmente con la expresada por mis dos amigos, en el sentido de que esta orientación está radicalmente equivocada y se funda en una serie de errores y equívocos. Trataré aquí de indicar algunos.

Ante todo, queda excluido -en el plano teórico general- que la discrecionalidad de la valoración que el juez realiza acerca de la credibilidad y la eficacia de la prueba coincida necesariamente con un arbitrio subjetivo, irracional e incontrolable. Una tendencia de este tipo está presente en

³⁸ Véase, en particular, Taruffo, 2002a, y algunos de los ensayos recogidos en Taruffo, 2002b.

la cultura europea, bajo el influjo de la concepción francesa de la *intime conviction*, entendida como persuasión subjetiva, intuitiva y fundada en reacciones psicológicas e incluso emotivas del juez, y más en general, por la influencia de concepciones psicologistas e irracionalistas de la decisión judicial. Sin embargo, esto no demuestra que esta tendencia esté fundada. De hecho, existen otras concepciones del “libre convencimiento” del juez que no tienen estas implicaciones subjetivistas sino que, por el contrario, van en la dirección de un convencimiento racional que el juez debe formarse sobre la base de la prueba. Este es el caso, por ejemplo, de la *freie Beweiswürdigung*, orientada hacia la determinación de la verdad de los hechos, de la que habla el § 286 de la *Zivilprozessordnung* alemana, y el de las distintas concepciones del razonamiento probatorio que utilizan modelos de tipo probabilístico³⁹.

En España, las referencias a las reglas de la sana crítica que se encuentran en varias normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000 (véanse, por ejemplo, los artículos 316.2, 348 y 376) no remiten a las reacciones subjetivas del juez sino a la aplicación de “reglas” que deberían fundar un razonamiento cognoscitiva y lógicamente correcto.

Por otra parte, no hay ninguna razón válida para pensar que cuando el juez entra en contacto inmediato con la prueba, por ejemplo, escuchando a un testigo, sea transportado irremediamente a una dimensión irracional en la que sólo hay espacio para sus reacciones interiores e individuales. Ciertamente, el juez que escucha a un testigo está expuesto a impresiones inmediatas que pueden ser provocadas por el comportamiento del testigo (su modo de expresarse y de moverse, las expresiones del rostro, el tono y las inflexiones de la voz, etc.). Puede también suceder que estas impresiones influyan en el ánimo del juez cuando deba valorar la fiabilidad del testigo y de su declaración. Sin embargo, éste es el aspecto más incierto y peligroso de la valoración de la prueba, del cual el propio juez debe desconfiar asumiendo una actitud de distancia crítica, más que dejarse envolver emocionalmente por él. Por un lado, se encuentra el peligro de que el juez use en la interpretación del comportamiento del testigo criterios psicoló-

³⁹ Para un análisis de estas concepciones, véase mi trabajo, Taruffo, 2002a, p. 190 y ss. Véase también Schum, 1994.

gicos sin fundamento extraídos de un sentido común que, en realidad, está lleno de errores y de prejuicios: el juez que actúa como psicólogo sin una adecuada formación específica, y que usa la psicología barata de los semanarios populares, corre el riesgo de cometer errores burdos y sustanciales. Los estudios sobre la psicología de las declaraciones testificales muestran que se trata de un fenómeno extremadamente complejo y difícil de interpretar, y que la credibilidad del testigo puede ser evaluada sólo teniendo en cuenta una serie de factores relevantes relativos al funcionamiento de la memoria y a las modalidades de reconstrucción de los hechos percibidos por el testigo⁴⁰. Por otro lado, es evidente que si el juez se deja llevar por sus reacciones emocionales a la búsqueda de una “íntima” convicción inefable e inexplicable, no hace otra cosa que convertir su valoración en puro arbitrio.

El necesario distanciamiento crítico debe llevar al juez⁴¹ a “desprenderse de sí mismo” y a “observarse desde fuera” para seleccionar, entre los *inputs* que provienen del contacto inmediato con la prueba, aquellos que pueden tener algún valor cognoscitivo sobre la base de criterios intersubjetivamente aceptados o aceptables y posiblemente fundados en el plano del análisis psicológico, separándolos de aquellos que no tienen este valor y que por ello permanecen dentro de la esfera de las reacciones emotivas estrictamente individuales y no tienen ningún significado intersubjetivo. Los primeros *inputs* son usados como premisas para inferencias que permiten derivar conclusiones racionalmente justificadas acerca de la credibilidad de los testigos y por tanto acerca de la fiabilidad de sus declaraciones. Los *inputs* del segundo tipo son eliminados y excluidos de la valoración que el juez hace sobre la fiabilidad de la prueba: precisamente porque se trata de reacciones psicológicas del juez que no racionaliza de acuerdo con criterios intersubjetivamente aceptables, no pueden y no deben interferir o influir en esta valoración. No nos gustaría que nuestro médico formulase su diagnóstico fundándose en sus propias reacciones “íntimas” provocadas por la presencia del paciente, más que en informaciones controladas y obje-

⁴⁰ Véase Mazzoni, 2003.

⁴¹ Sobre el “distanciamiento” como actitud típica del juez en la confrontación de la prueba, véase Taruffo, 1994, p. 385 y ss. Más en general sobre el concepto de “distanciamiento” en el conocimiento, véase Elias, 1988, p. 89 y ss.

tivamente atendibles de acuerdo con los criterios de la ciencia médica. De la misma manera, no podemos admitir que el juez decida exclusivamente sobre la base, intuitiva e irreflexiva, de sus emociones individuales.

Todo esto equivale a decir que el juez tiene el deber preciso de extraer, de su contacto directo con la prueba, los factores epistémicamente aceptables. A continuación, sobre la base de estos “datos”, debe construir inferencias racionales, fundadas sobre reglas o estándares de valoración que deben ser claramente identificables, sobre todo por el propio juez que los usa. En cierto sentido, lo que no puede ser racionalmente elaborado *no existe* a los efectos de la correcta valoración de la prueba.

Esto remite a otro problema, que aquí no puede ser adecuadamente discutido pero que debe ser mencionado: el de los criterios con los que el juez debe formular las inferencias en las que se articula su razonamiento. Dejando aparte los casos -por lo demás poco frecuentes- en los que es posible servirse de conocimientos científicos, el juez sólo puede remitirse al sentido común, a la cultura media y a los conocimientos fundados sobre la experiencia común.

No obstante, también en este aspecto del razonamiento del juez existen muchas posibilidades de error. De un lado, el juez no puede hacer otra cosa que recurrir a este pseudo-conocimiento. Sin embargo, de otro lado, el sentido común y la experiencia generan informaciones no controladas, nociones sin fundamento y a menudo falsas, pseudo-reglas extraídas en realidad de errores y prejuicios (muchos están todavía convencidos que el Sol gira en torno a la Tierra)⁴². Esto implica que el juez debe someter a control crítico no sólo los *inputs* que extrae del contacto directo con la prueba, sino también las reglas y los estándares que usa para interpretar estos *inputs* y para obtener inferencias a partir de ellos. Es más, el discurso puede ser invertido: frente a las impresiones que le llegan del contacto con la prueba, el juez debe encontrar, en el repertorio de *background knowledges* que le ofrece la cultura media, estándares creíbles e intersubjetivamente aceptables con los que podrá seleccionar e interpretar los elementos cognoscitivos que le proporciona la prueba. Sólo los elementos que tienen

⁴² Para una elaboración más amplia de este tema, véase mi ensayo “Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice”, ahora incluido en Taruffo, 2002b, p. 121 y ss.

sentido de acuerdo con criterios aceptables de conocimiento pueden ser usados como base para las inferencias en las que se articula el razonamiento del juez sobre la prueba. Todo el resto, como ya se ha dicho, es *tamquam non esset* y debe quedar excluido de la decisión del juez sobre los hechos.

2. En el plano de la teoría de la prueba y de la decisión, me ha parecido útil e interesante la identificación, hecha por Marina Gascón Abellán, de la tendencia que es acertadamente designada como cognoscitivismo acríptico. Este es un buen modo de describir la orientación que, por un lado, desvincula la valoración de la prueba de cualquier criterio racionalmente aceptable de conocimiento de los hechos y, por otro lado, paradójicamente, funda la decisión del juez sobre certezas absolutas que serían incontrovertibles porque representarían el resultado de “estados de conciencia” que se forman en las interiores e inescrutables profundidades del ánimo del juez. Se trata, ciertamente, como dice Marina, de una *perversión ideológica* de la concepción cognoscitiva o epistémica de la prueba, que trata de fundar una pretendida “convicción cierta” sobre una suerte de intuiciones psicológicas (a veces designadas con nombres enfáticos, como “certeza moral”) que no tienen nada que ver con lo que usualmente se entiende por conocer un hecho. Sobre este punto me limito a subrayar que desde el punto de vista del método se trata de una concepción que parece tan ambigua (y quizá precisamente por ello tan difundida) como *radicalmente equivocada*. El error de base es siempre el mismo, y consiste en pensar que el conocimiento de los hechos en el proceso, a diferencia del conocimiento que se obtiene fuera del proceso, en todos los otros campos de la experiencia, no puede ser otro que el resultado de intuiciones irracionales del sujeto que juzga, y que precisamente por esta razón se trata de un conocimiento no criticable y que escapa de cualquier control y de toda verificación o falsación.

3. El tema del conocimiento de los hechos en el proceso me lleva a hacer algunas consideraciones sobre la verdad judicial de los hechos. En relación con esto debo subrayar que yo también soy de la opinión de que el proceso no es un contexto donde se alcancen verdades absolutas e incontrovertibles

(como quizá sucede en la teología y en la metafísica), mucho menos si se pretende que estas verdades se funden en estados de conciencia del juez personales e irracionales. Por el contrario, el proceso es un ámbito en el cual, en el mejor de los casos, se obtienen verdades relativas, contextuales, aproximadas, aunque derivadas racionalmente de las pruebas que están a disposición en cada caso particular. De esta premisa de carácter muy general se derivan ciertas consecuencias de algún interés.

En primer lugar, resulta bien fundada la tesis recientemente ilustrada por Jordi Ferrer Beltrán⁴³ según la cual puede ser “tenido por verdadero” aquello que resulta probado, y en la medida en que resulta probado. En consecuencia, aunque es necesario que la decisión se funde en la mejor aproximación posible a la realidad empírica de los hechos, es inevitable que se trate en todo caso de una aproximación “relativa”, en función de la extensión y de la utilidad epistémica de las pruebas disponibles⁴⁴. Esto abre también la posibilidad de que la decisión pueda fundamentarse en una determinación de los hechos no verdadera, o sobre una aproximación no adecuada, a los hechos del caso, en el supuesto de que las normas jurídicas (como las reglas de prueba legal) o la insuficiencia de elementos probatorios (quizá porque se han excluido pruebas relevantes de acuerdo con normas de inadmisibilidad) llevan al juez a adoptar una decisión que no es conforme a la realidad empírica de los hechos⁴⁵.

Todo esto, no obstante, no convierte en válida y aceptable la opinión, muy difundida en la doctrina procesalista de varios países, según la cual existirían al menos *dos* verdades: una verdad exclusivamente “formal” o “legal” que se alcanza en todo caso en el proceso, y una verdad “empírica”, “histórica” o “material” que existiría y podría ser establecida fuera del proceso pero que es inalcanzable por definición para el juez. Esta duplicación de conceptos de verdad es inútil y equivocada⁴⁶, porque no es verdad que en el ámbito del proceso se persiga una verdad cualitativamente distinta de aquella que existiría en cualquier ámbito fuera del proceso. Lo que se

⁴³ Véase Ferrer Beltrán, 2002.

⁴⁴ Véase Ferrer Beltrán, 2002, p. 37 y ss.

⁴⁵ Véase Ferrer Beltrán, 2002, p. 41 y ss., y p. 83 y ss.

⁴⁶ En el mismo sentido, véase Ferrer Beltrán, 2002, p. 68 y ss.

persigue en el proceso es la mejor aproximación posible, basada en las pruebas que estén disponibles en el caso concreto, a la verdad “histórica” o “empírica” de los hechos. Esta verdad histórica o empírica, a su vez, no “existe por sí misma” en algún lugar extraño y lejos del proceso. Es, más bien, una suerte de ideal regulativo, un punto de referencia hacia el que se orienta la actividad de quien, en el proceso o fuera del mismo, tiene la función de averiguar los hechos. Por usar una metáfora fácil, puedo no llegar al Polo Sur, pero si quiero ir a la Tierra del Fuego debo saber en qué dirección moverme, si deseo actuar racionalmente y llegar a mi objetivo, y para esto me sirve saber dónde se encuentra el Polo Sur.

El argumento, usado a menudo, de que en el proceso no se puede establecer la verdad “plena” de los hechos debido a los límites legales (esto es: normas que excluyen pruebas relevantes) o prácticos (esto es: límites de tiempo y de recursos) que caracterizan la determinación judicial de los hechos, no prueba en absoluto lo contrario de lo que he dicho, sino que más bien lo confirma. Sólo prueba lo que es obvio y nadie discute, esto es, que el proceso es un contexto de búsqueda y aproximación a la verdad que tiene reglas y límites propios, como sucede en el resto de contextos prácticos en los que se averiguan hechos⁴⁷. En definitiva, este argumento no dice nada distinto de lo que se dice cuando se observa que la verdad (como prueba de los hechos) que se puede conseguir en el proceso es relativa y contextual, y por tanto no puede ser otra que una aproximación mejor o peor a la realidad empírica de los hechos que son determinados.

La concepción que se funda en la relatividad contextual de la verdad judicial pero también en su tendencia a reflejar en alguna medida la realidad empírica de los hechos, tiene la ventaja de permitir la comparación y la valoración crítica de los distintos sistemas procesales desde el punto de vista de su capacidad para facilitar mejores o peores aproximaciones a la realidad por parte del juez: un proceso que contenga, por ejemplo, varias reglas de prueba legal y varias reglas de exclusión de pruebas lógicamente relevantes permite una aproximación a la realidad peor que la que puede haber en un proceso sin pruebas legales y donde todas las pruebas relevantes son admisibles.

Esta concepción de la verdad judicial como aproximación a la realidad de los hechos, variable de acuerdo con los contextos procesales que se tomen en consideración, me da la posibilidad de aclarar mi posición sobre un punto discutido por Andrés Bouzat y Alejandro S. Cantaro. Se trata de la distinción entre decisión “justa”, en cuanto fundada en la verdad de los hechos, pero que no sería alcanzable en el proceso, y decisión “justificada”, en cuanto fundada en una aproximación relativa y contextual que es la única que puede conseguirse en el proceso. Esta distinción tiene, en mi opinión, el inconveniente de reproducir -aunque de manera metodológicamente más sofisticada- el argumento de la “doble verdad” que he criticado. Por otro lado, en el trabajo donde desarrollé de manera más amplia la tesis de que la veracidad de la determinación de los hechos es una de las condiciones necesarias para la justicia de la decisión⁴⁸, especificué que en los casos concretos esta condición (como también las otras: la corrección del proceso y la interpretación adecuada de las normas) puede presentarse con distintos grados o niveles de intensidad, en función del grado de aproximación a la realidad que se produzca en cada caso específico. Concluía mi análisis proponiendo una definición de la justicia de la decisión como un algoritmo o combinación de los grados en los que se dan las tres condiciones necesarias de la decisión justa, y subrayaba que la decisión singular puede ser calificada como “más o menos justa” en función de tal algoritmo o combinación, es decir, en función de los grados en los cuales estén presentes las condiciones de la justicia, y puede ser calificada de injusta cuando una de tales condiciones (o más de una) se presenta en un grado inadecuado⁴⁹. En este planteamiento, que todavía creo convincente, se pueden admitir ideas no relativas de justicia y de verdad, pero sólo para indicar el punto teórico en el cual todo el algoritmo, o su componente referida a la determinación de los hechos, alcanzan los valores teóricamente máximos. La decisión en grado máximo o absolutamente justa sería, por tanto, aquella en la cual todas las condiciones de justicia se presentan en el grado ideal y la decisión “verdadera” sería aquella en la cual los hechos se conocen con certeza

⁴⁸ Véase “Idee per una teoria della decisione giusta”, ahora en Taruffo, 2002b, p. 219 y ss.

⁴⁹ Véase Taruffo, 2002b, p. 229 y ss.

absoluta. De esta manera, por otra parte, se define un ideal teórico, que puede servir de referente regulativo o de límite, pero que no es concretamente alcanzable en los procesos del mundo real.

Por otra parte, si se continúa esta perspectiva de análisis, la diferencia entre “grados de justicia” de la decisión y decisión “justificada” aparece sólo como una diferencia en el uso de los términos “justo” y “justificado”: el primero se refiere al límite teórico hacia el que tiende a aproximarse la decisión, mientras que el segundo indica la situación práctica en el que se encuentra una decisión relativamente justa.

4. Otro punto importante, que merece algunas reflexiones adicionales, es el relativo a la justificación del juicio de hecho y de la valoración de la prueba en la motivación de la sentencia.

En relación con esto, quisiera destacar que las concepciones irraciona- listas de la valoración de la prueba, de las que ya he hablado antes, cometen nuevos errores y mantienen nuevamente posiciones insostenibles, al excluir la posibilidad de que la valoración de la prueba se justifique con argumen- taciones racionales que el juez tiene el deber de exponer en la sentencia.

Entre las varias posibles, quisiera plantear dos objeciones que en mi opinión son fundamentales y suficientes para privar de toda validez a la concepción mencionada: una objeción tiene carácter teórico y la otra es de naturaleza político-jurídica.

La objeción teórica se refiere a la determinación de la naturaleza y de la función de la motivación de la sentencia. La concepción según la cual el juez no puede motivar su valoración de la prueba porque no puede expresar sus estados emotivos íntimos y profundos se funda en una concepción equivocada de la motivación. Según esta idea, la motivación de la sentencia sería una especie de informe, diario o registro del *iter* psicológico que el juez ha recorrido para llegar a la decisión sobre los hechos: y dado que este *iter* no puede dejar de ser misterioso y quedar sepultado en los estratos profundos de la conciencia del juez, entonces éste no podría motivar su propio convencimiento sobre los hechos.

La realidad es que la motivación *no es y no puede ser* un relato de lo que ha sucedido en la mente o en el alma del juez cuando ha valorado la

prueba⁵⁰. Las normas que exigen la motivación de la sentencia no reclaman que el juez se confiese reconstruyendo y expresando cuáles han sido los recorridos de su espíritu. Estas normas, por el contrario, le imponen *justificar* su decisión, exponiendo las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente “correctas” y aceptables⁵¹. Para decirlo de manera sintética: los procesos psicológicos del juez, sus reacciones íntimas y sus estados individuales de conciencia no le interesan a nadie: lo que interesa es que justifique su decisión con buenos argumentos.

Naturalmente, esto no excluye *a priori* que, entre el razonamiento decisorio -con el que el juez valora la prueba y formula la decisión sobre los hechos- y el razonamiento justificativo -con el que el juez motiva la decisión-, puedan existir correspondencias y analogías. Por un lado, el juez que sabe que debe justificar racionalmente la decisión estará probablemente inclinado a valorar la prueba racionalmente y de acuerdo con criterios objetivos, en lugar de dejarse llevar por su subjetividad incontrolada; por otro lado, el juez que motiva justificando su decisión puede perfectamente hacer uso de criterios, razonamientos e inferencias que ha formulado en el momento en el que trataba de llegar a una decisión. Sin embargo, las dos fases del razonamiento del juez, la decisoria y la justificatoria, son cronológica, estructural y funcionalmente distintas, estando la primera orientada a construir la decisión y la segunda a presentar la decisión como justificada sobre la base de buenos argumentos⁵². Pensar que las dos fases del razonamiento coinciden y que la segunda no es otra cosa que una anotación de la primera, es irremediablemente un error que sólo puede cometer quien no conoce y no quiere conocer la realidad de las decisiones judiciales. De esto se sigue que cualquiera que sea el modo como el juez valore la prueba y formule la decisión sobre los hechos, no puede excluirse en absoluto que pueda y, por tanto, deba presentar argumentos racionales para sostener y justificar las decisiones a las que ha llegado sobre la base de la prueba.

⁵⁰ Para la demostración de esta afirmación, véase mi trabajo en Taruffo, 1975, p. 118 y ss., y más recientemente el ensayo “Funzione della prova: la funzione dimostrativa”, ahora en Taruffo, 2002b, p. 323 y ss.

⁵¹ A propósito de esto véase, en particular, Comanducci, 1992, p. 323 y ss.

⁵² Para un análisis más amplio de estas diferencias, véase Taruffo, 1975, p. 222 y ss.

Llevando al límite al argumento: incluso en el caso de que se admitiese (lo que es necesario excluir por las razones ya expuestas) que el acto de la valoración de la prueba sea un acto irracional, esto no le impediría al juez encontrar argumentos racionalmente aceptables para fundar *ex post* su decisión; como ya he dicho, a nadie se le reclama que exponga en público sus sensaciones y emociones; lo que se le reclama es otra cosa, esto es, que presente argumentos que legitimen -por decirlo así- hacia fuera la decisión que ha tomado.

Ahora podemos pasar a la objeción jurídico-política que puede dirigirse a la tesis en discusión. La objeción se basa en la función de la motivación y en las razones por las que ésta está prevista como obligatoria, a veces incluso en normas constitucionales. Esta función presenta dos aspectos principales que es útil distinguir. Por un lado, se puede hablar de función *endoprocesal* para aludir al hecho de que la motivación sirve, dentro del proceso, para facilitar a las partes la impugnación de la sentencia y hacer posible que el juez superior pueda ejercer el control de las razones de la decisión dictada por el juez inferior. Por otro lado, se puede hablar de función *extraprocesal* de la motivación para indicar que ésta sirve para hacer posible, al menos potencialmente, un control *externo* de las razones que el juez expresa como fundamento de su decisión⁵³. Por control *externo* se entiende el control que debe ser posible por parte de la opinión pública y del ambiente social en la que se inserta la decisión: en este sentido, la obligación de motivar cumple un papel de garantía fundamental de la corrección de la manera como el juez ejerce el poder decisorio del que dispone. Sea en el plano histórico, sea en el de las garantías fundamentales del proceso, la obligación de motivar está directamente conectada con la concepción democrática del poder: es democrático el poder “que se justifica”, esto es, que permite a los ciudadanos valorar si ha sido usado de modo correcto y compatible; es absoluto y antidemocrático el poder “que no se justifica”, esto es, que no da razón de las decisiones propias y que por tanto escapa de cualquier control social. El juez que no justifica sus propias decisiones en la motivación de la sentencia ejercita el poder del que dispone de manera arbitraria y sustancialmente antidemocrática y viola una de las

⁵³ Sobre esta distinción, ya ampliamente aceptada, véase también Taruffo, 1975, p. 370 y ss.

garantías fundamentales del proceso, precisamente en la medida en que se sustrae al control externo de las razones por las que ha usado su poder de un modo determinado. El juez que ejercita democráticamente el poder del que dispone justifica sus propias elecciones exponiendo, en la motivación de la sentencia, las razones por las que ha adoptado esa decisión, y hace así posible el control crítico difuso sobre la manera como ha ejercitado su poder. La función extraprocesal de la motivación representa un aspecto muy importante de lo que Jerzy Wróblewski ha llamado felizmente *ideología legal-racional* de la decisión judicial, que caracteriza a los sistemas más evolucionados de administración de la justicia⁵⁴: es claro, en efecto, que a través de la motivación el juez demuestra la solidez, la legitimidad y la racionalidad de las decisiones.

Estas consideraciones son adecuadas para todos los aspectos de la decisión judicial, pero lo son de un modo particular en lo que se refiere al juicio sobre los hechos y la valoración de la prueba. De hecho, así como no puede hablarse de decisión justa (o justificada) si falta una determinación verdadera de los hechos de la causa, del mismo modo no se puede hablar de una decisión motivada si el juez no indica específicamente, y mediante argumentos racionalmente articulados, las bases cognitivas, los criterios de valoración y las inferencias que justifican su valoración de la prueba y el juicio final que deriva de esta valoración. La falta de una adecuada motivación de estos aspectos esenciales de la decisión no implica solamente un ejercicio arbitrario del poder por parte del juez, sino que implica también la violación de una de las garantías fundamentales de la administración de la justicia.

5. Muchos aspectos de las contribuciones a esta discusión se refieren en concreto a problemas de prueba y decisión en el proceso penal, y esto exige, me parece, algunas consideraciones adicionales. Por una parte, en efecto, es verdad que muchos de los discursos que se hacen a propósito de la valoración de la prueba y del juicio sobre los hechos valen tanto para el proceso civil como para el penal y cualquier otro tipo de proceso. Sin

⁵⁴ Véase Wróblewski, 1988, p. 61 y ss.

embargo, por otra parte, deben tenerse en cuenta algunas características específicas que distinguen al proceso penal del civil.

Uno de estos factores específicos es el desequilibrio sistemático que existe entre las partes del proceso penal, y que condiciona la decisión en función de la presunción de inocencia del acusado. Se trata, como es sabido, de una regla de juicio de acuerdo con la cual el juez debe resolver *pro reo* la eventual duda que subsista cuando todas las pruebas hayan sido tenidas en cuenta, lo que introduce una distorsión estructural en el criterio de decisión. Naturalmente, al hablar de “desequilibrio” y “distorsión” no quiero sugerir una valoración negativa sobre la presunción de inocencia: pretendo decir que sólo en el proceso penal existe una presunción sistemáticamente favorable a una de las partes, mientras no existe nada igual en el proceso civil, donde las partes se sitúan sistemáticamente en el mismo nivel, y la eventualidad de la ausencia o insuficiente prueba de un hecho se resuelve -de acuerdo con las reglas generales sobre la carga de la prueba- con la derrota de la parte que había alegado ese hecho. De aquí se siguen algunas consecuencias.

Por ejemplo, se suele decir, aunque es un problema muy complejo en el que se mezclan distintas concepciones de manera no siempre clara, que en los dos tipos de proceso deberían aplicarse distintos estándares de prueba: en el proceso civil se debería aplicar (como a menudo sucede) el estándar de la *probabilidad prevaleciente*, de acuerdo con el cual se da por probada la versión de los hechos que aparece como “más probable” a la luz de las pruebas obtenidas, mientras que en el proceso penal debería aplicarse el estándar de la prueba *más allá de toda duda razonable*, según la cual sólo en el caso de que la prueba haya ofrecido la “certeza” sobre los hechos podría ser condenado el acusado. Estos aspectos no pueden ser discutidos aquí con la amplitud que merecerían; sin embargo conviene señalar que se insertan en el discurso relativo a la prueba de los hechos y a la valoración de la prueba, y que son relevantes al menos en el sentido de hacer necesarias varias distinciones de acuerdo con el tipo de proceso al que se haga referencia. Mi impresión es que el problema de la presunción de inocencia no se formula correctamente cuando se invoca esa presunción para decir que en el proceso penal debe alcanzarse la certeza mientras que en el civil basta la probabilidad, porque en este caso se mezclan los criterios con los que debe adoptarse la decisión en el caso de ausencia de prueba con las

modalidades con la que se lleva a cabo la prueba de los hechos; pero la cuestión es muy compleja y por ello me limito a dejarla apuntada, quizá para una futura discusión.

Una característica que en los sistemas más evolucionados es típica del proceso penal, pero tiene también diversas manifestaciones en el proceso civil, se refiere a la distribución de los poderes procesales -en particular de los que se refieren a la adquisición de las pruebas- entre las partes y el juez. Por un lado, en realidad, cuando se habla de las garantías fundamentales de las partes, como el derecho a la defensa y el principio de contradicción, se dice acertadamente que éstas deben ser respetadas íntegramente en los dos tipos de proceso. Por otro lado, sin embargo, la implementación de estas garantías termina produciendo consecuencias distintas en los diversos tipos de proceso. Así, en el ámbito del proceso civil se tiende a pensar que la implementación completa de las garantías de la defensa no excluye en absoluto la posibilidad de atribuir al juez poderes incluso tan amplios como el de disponer de oficio la práctica de pruebas no solicitada por las partes, cuando sea necesario para comprobar la verdad de los hechos. En los procesos civiles modernos hay ejemplos interesantes de esto: el modelo en ciertos aspectos más coherente es el del *code de procédure civile* francés, cuyo artículo 10 prevé un poder general del juez de disponer de oficio la práctica de pruebas no aportadas por las partes, mientras que el artículo 16 prevé la aplicación del principio de contradicción entre las partes en todos los aspectos relevantes de la decisión. Por otra parte, en muchos otros ordenamientos, como por ejemplo en Italia, Alemania e incluso Estados Unidos, se atribuye al juez diversos poderes autónomos de iniciativa instructoria. Existe, por tanto, una tendencia difusa a pensar que un papel activo del juez en la adquisición de la prueba es esencial para la averiguación de la verdad de los hechos en el proceso civil⁵⁵. Las cosas son distintas en el ámbito del proceso penal, donde por muchas razones de carácter

⁵⁵ Prefiero hablar de papel “activo” más que de papel “inquisitivo” del juez civil para evitar los muchos equívocos que el uso de este término provoca a menudo. Sobre la inadecuación de la contraposición usual entre procesos adversarial y procesos inquisitorial, y sobre la oportunidad de no usarla más en la discusión sobre modelos procesales, véase mi trabajo “Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali”, ahora en Taruffo, 2002b, p. 73 y ss. Véase también Damaška, 1986, p. 3 y ss.

histórico y sistemático se tiende a sostener que las garantías fundamentales del proceso sólo pueden ser efectivas con la adopción de un modelo de proceso íntegramente *acusatorio*, en el que el juez no tenga poderes de iniciativa autónoma en materia de práctica de la prueba, y por tanto toda la actividad probatoria queda remitida exclusivamente a las partes. Obviamente, no tengo ninguna intención de discutir o criticar esta tendencia, que es ampliamente dominante en los procesos penales modernos. Observo sólo que de este modo las líneas evolutivas del proceso penal tienden a divergir profundamente de las líneas evolutivas del proceso civil, al menos en lo que se refiere a la determinación de los sujetos a los que corresponde realizar la adquisición y presentación de las pruebas. Y observo, además, que, quizá por la presencia de la presunción de inocencia, el proceso penal tiende a verse no tanto como un procedimiento orientado al descubrimiento y determinación de la verdad de los hechos sobre la base de todas las pruebas disponibles, sino como un procedimiento orientado a hacer posible para el acusado el desarrollo de todas sus defensas y a verificar si las pruebas presentadas por la acusación son o no suficientes para vencer la presunción de inocencia. Con toda probabilidad, existen óptimas razones para configurar de este modo el proceso penal y no quiero ponerlo en discusión. Sólo señalo que -casi paradójicamente y con una inversión de los términos respecto a lo que sucedía en el pasado-, hoy se tiende a considerar que el proceso civil se orienta a la búsqueda de la verdad, mientras que no se puede decir lo mismo del moderno proceso penal.

Además, mientras estas diferencias estructurales deben ser tenidas en cuenta cuando se discute acerca de las funciones del juez, creo que hay muchos aspectos bajo los cuales no hay diferencias relevantes entre el juez civil y el penal. Si se piensa en el momento de la valoración de la prueba y de la decisión sobre los hechos, y si se pone entre paréntesis la cuestión de quién (las partes o el juez) ha propuesto la prueba, se puede pensar que un juez penal que adopte una ideología legal-racional de la decisión formulará su valoración de manera sustancialmente similar a la del juez civil que adopte la misma ideología. Si esto es así, no hay obstáculos para reconocer que también el juez penal, al igual que el juez civil, puede y debe valorar la prueba de manera racional y, por consiguiente, puede y debe justificar

su propia decisión sobre los hechos exponiendo “buenas” razones en la motivación de la sentencia.

En cuanto a las modalidades de la decisión sobre los hechos y de la correspondiente motivación, por tanto, puede no haber diferencias estructurales: también un juez que durante el curso del proceso haya desempeñado un papel de “árbitro pasivo” del conflicto que ha surgido entre las partes puede decidir correctamente la causa valorando la prueba de manera racional y justificando adecuadamente la decisión. Esto depende -insisto- de la ideología que el juez tiene respecto de su propio rol, más que del reparto de poderes probatorios entre las partes y el juez. No obstante, este reparto, y por ello también la cuestión de si nos encontramos en un modelo de proceso (civil o penal) completamente dispositivo o acusatorio, en lugar de en un modelo de proceso (civil o penal) en el que el juez está dotado de poderes de instrucción autónomos, tiene relevancia desde otro punto de vista. Como he sugerido antes, en los procesos civiles modernos existe una amplia tendencia (aunque no seguida en algunos sistemas, como en España) a atribuir al juez poderes para ordenar la práctica de pruebas no propuestas por las partes, y normalmente se justifica esta atribución de poderes en el interés de averiguar la verdad y en la imposibilidad de contar exclusivamente con la iniciativa de las partes para la aportación de todas las pruebas que pueden ser necesarias para ello. En definitiva, se asume que el ejercicio de los poderes de oficio del juez es útil para complementar la iniciativa de las partes cuando ésta no es suficiente para aportar todas estas pruebas: entra en juego -al menos de manera tendencial- una especie de criterio de *plenitud* del material probatorio, de acuerdo con el cual todas las pruebas relevantes deben ser adquiridas, a iniciativa de parte o, si es necesario, a iniciativa del juez. Por el contrario, en los sistemas en los cuales el juez no tiene poderes de instrucción autónomos y la aportación de las pruebas es obra exclusivamente de las partes, se corre el riesgo de que las pruebas presentadas por las partes no sean todas aquellas que serían útiles para la determinación de la verdad de los hechos. En un sistema orientado a la búsqueda de la verdad, un riesgo de este tipo ha de valorarse negativamente, y en realidad se recurre al remedio proporcionado por los poderes de instrucción del juez.

En un sistema que no esté orientado a la búsqueda de la verdad, por el contrario, no se considera negativamente el riesgo de que pruebas relevantes o decisivas para la determinación de la verdad queden fuera del proceso, porque por cualquier razón la actividad probatoria de las partes no haya sido la adecuada. Puede darse incluso que la eventual incompletitud de la adquisición de las pruebas se valore positivamente, si la parte que no se arriesga a presentar prueba suficiente es la acusación en un proceso penal: la ineficiencia probatoria de la acusación juega, de hecho, a favor del acusado, que será absuelto con mayor facilidad cuanto más escasa sea la actividad probatoria de la acusación (aunque esto, naturalmente, no juega a favor de la determinación de la verdad). Esta, me parece, es la perspectiva desde la que Andrés Bouzat y Alejandro S. Cantaro manifiestan su opinión contraria a la atribución de poderes autónomos de instrucción al juez penal, en la medida en que estos poderes podrían ser usados a favor de la acusación, y por tanto en sentido contrario a la presunción de inocencia. Es una posición perfectamente respetable, aunque se podría observar que -dado que en el proceso penal también el acusado tiene un fuerte interés en probar su inocencia y no permanece inactivo viendo si la acusación alcanza a probar su culpabilidad- los poderes del juez también podrían usarse a favor del acusado y no sólo a favor de la acusación, así como en el proceso civil pueden ser usados indiferentemente a favor de una u otra parte. A propósito de esto observo solamente que se trata de una posición perfectamente respetable, y también compartible, en el nivel de las *elecciones de política del Derecho*, puesto que es perfectamente comprensible la preferencia por un sistema que admite el riesgo de la falta de plenitud del material probatorio, si se presupone que este riesgo opera en una única dirección, esto es, a favor del acusado. Pero esto, sin embargo, no impide que en el proceso penal íntegramente acusatorio se pueda tener una composición incompleta (respecto a la que vendría representada por todas las pruebas relevantes) de la base probatoria del juicio de hecho, y por tanto distinta de la que puede haber en un proceso civil caracterizado por una función activa del juez y orientado a que todas las pruebas relevantes sean aportadas al juicio.

Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad

Three Debates on the Relationship between Evidence and Truth

Diego Dei Vecchi*

Resumen: El autor lleva a cabo un balance crítico de la discusión central de Discusiones III relativa a la prueba y verdad en el proceso judicial. En un primer apartado introductorio se reconstruye brevemente esa discusión introduciéndose las nociones de enunciado fáctico y razonamiento probatorio. A partir de allí se aborda la temática mediante una trifurcación, formulándose en cada ramal algunas críticas a las posturas presentadas en la discusión reconstruida. Primero, se analiza la relación entre la justificación del enunciado fáctico, su verdad y la justicia de la decisión. El segundo apartado trata acerca de la función, cognitiva o persuasiva, de la prueba judicial. Por último, se reconstruye la que se presenta como la cuestión central en la discusión contemporánea: la relativa a los estándares de prueba. El ensayo concluye mostrando el estado actual de discusión y conjeturando la orientación que ella habrá de adoptar en vistas a resolver ciertos inconvenientes teórico-prácticos.

Palabras clave: Prueba judicial, Enunciado probatorio, Estándar de prueba, Sistemas de valoración.

Abstract: The author carries out a critical assessment of the central debate hosted by Discusiones, n. III, related to evidence and truth in the judicial process. In a first introductory section, the debate is briefly reconstructed, introducing the notions of factual statement and evidential reasoning. From

* Doctor en Filosofía del derecho y Bioética jurídica, Università degli Studi di Genova, Italia. Profesor Universitat de Girona, España. Correo electrónico: diego.deivecchi@udg.edu

there, the debate is addressed through a trifurcation, formulating in each branch some criticism of the positions presented in the debate. First, the relationship between the justification of the factual statement, its truth and the justice of the decision is analyzed. The second section deals with the function, cognitive or persuasive, of judicial evidence. Finally, the one that appears as the central question in the contemporary debate is reconstructed: the standards of proof. The text concludes by showing the current state of the debate and conjecturing the orientation that it should to follow in order to solve certain theoretical-practical problems.

Keywords: Judicial evidence, Evidentiary statement, Standard of proof, Systems for the assessment of evidence

1. Introducción. Enunciado fáctico y razonamiento probatorio

El tercer número de *Discusiones* (2003) versaba sobre una cuestión que abandonaba lentamente su marginalidad en el ámbito jurídico filosófico: la relativa a la prueba y verdad de los enunciados fácticos de la decisión judicial (Andrés Ibáñez, 2003, p. 56).¹ Hasta entonces, o hasta muy poco antes, esos problemas no ocupaban un lugar central en la agenda de los juristas ni en la de los teóricos del derecho, al menos no en sus aristas epistemológica.²

Posiblemente las razones de esa marginalización hayan de buscarse en concepciones del proceso judicial como procedimiento al cual, o bien le es indiferente tanto la verdad de los enunciados fácticos cuanto su justificación; o bien, aunque no siéndole indiferente la verdad de ellos, no ha de preocuparle especialmente su justificación como verdaderos, dado que se trataría de una cuestión externa, ya resuelta al momento de la decisión.³

¹ Esta omisión, por lo demás, en principio no habría sido tan grave en la cultura jurídica anglosajona (véase Anderson, Twining and Schum, 2005)

² El discurso de los procesalistas, se ha limitado en general a proporcionar una serie de distinciones relativas al término “prueba” (*i.e.* elemento, objeto, procedimiento, medio, sujeto) y a describir o prescribir cuestiones concernientes a los distintos sistemas de valoración actuales o históricos, pero en general sin profundizar demasiado en sus implicancias epistémicas (cfr. por todos, Briseño Sierra, 1995, p. 1360 y ss.; Couture E. J., 1958, pp. 215-276).

³ Seguramente de allí el brocardico que los procesalistas suelen poner en boca de los jueces: *narra mihi factum, dabi tibi ius.*

Frente a estas concepciones, el enfático intento por dilucidar las cuestiones epistemológicas concernientes a la decisión judicial aparece a menudo ligado a ideologías especialmente preocupadas por la *verdad* de los enunciados fácticos en ellas contenidos conjugada con una visión más o menos optimista sobre la racionalidad epistémica como medio para la maximización del logro de ese fin, pero con una especial conciencia acerca de ciertas particularidades propias del ámbito jurídico.⁴ Esta es la orientación de Discusiones 3, al momento de cuya aparición había comenzado algo tímidamente a proliferar, y luego proliferó exponencialmente, la literatura con este enfoque.

No es casual que el debate se haya planteado alrededor de un texto de Michele Taruffo (2003a): uno de los artífices de este “giro epistemológico” en el tratamiento de la prueba jurídica; giro que ha consistido en buena medida en el trazado de puentes entre epistemología, derecho procesal y filosofía del derecho;⁵ todo lo cual queda plasmado en las réplicas a cargo de Marina Gascón Abellán (2003), Perfecto Andrés Ibáñez (2003) y Andrés Bouzat y Alejandro Cantaro (2003).⁶

El objetivo de este texto es ofrecer un mapa de ese debate, reconsiderando tres cuestiones salientes a la luz de la literatura que comenzaba a proliferar en la materia e intentado proporcionar, en definitiva, un panorama lo más amplio posible del, como suele decirse, “estado del art”.

En términos meramente introductorios, ocupaban un lugar central en Discusiones 3, la cuestión acerca de la relación entre verdad del enunciado fáctico y justificación de la decisión judicial (¿es la verdad o la prueba del enunciado fáctico la condición de justificación de la decisión judicial?), el papel o función de la prueba en relación a dicho enunciado (¿es la prueba cognición o persuasión?) y la relevancia de la intermediación entre decisor y

⁴ Como decía Guastini al prologar Ferrer Beltrán (2012): una “concepción iluminista” de la prueba.

⁵ En efecto, el texto de Taruffo (1992) es considerado generalizadamente como una obra cardinal en esta orientación. Recientemente decía Andrés Ibáñez que Taruffo encarna, en este sentido, a un “procesalista felizmente atípico, *trufado* de epistemólogo y de teórico y filósofo del derecho, que ha tenido la audacia intelectual de adentrarse en un campo minado de dificultades” (Andrés Ibáñez y Candau Pérez, 2010).

⁶ A todas las réplicas contestaba unificadamente Taruffo (2003b).

prueba (¿puede solo valorar correctamente quien tenga relación de intermediación con la prueba?).

Pues bien, Taruffo iniciaba la discusión haciendo algunas consideraciones acerca de los *enunciados fácticos* de la decisión judicial. Ubicaba a la justificación de esta clase de enunciados, como es usual, dentro de la que suele denominarse “justificación externa” de la decisión: la justificación independiente de cada una de las premisas (*i.e.* la mayor, o norma general y abstracta; y la menor, o enunciado fáctico) cuya conjunción habilitaría, por *modus ponens*, el paso a la conclusión (*i.e.* la “norma individual”).⁷

La norma general y abstracta que constituye la premisa mayor sería producto de un proceso interpretativo-argumentativo complejo que no será tratado aquí, pero que evocando a Guastini (2011, en especial cap. IV) podría sintetizarse como aquél que va “de la disposición a la norma”. La correcta interpretación, decía Taruffo, es una de las condiciones que debe satisfacer la decisión para ser *justa*.

Por su parte, los enunciados fácticos (*i.e.* las premisas menores), serían enunciados declarativos tales que “pueden ser verdaderos o falsos; tienen como objeto circunstancias que, aunque puedan contener implicaciones valorativas y (...) son en alguna manera, social y culturalmente ‘construidas’, pueden darse o no darse en el mundo de las experiencias concretas” (Taruffo, 2003a, p. 15). Taruffo sostenía que estos enunciados *se construyen* en al menos cuatro sentidos: selectivo, semántico, cultural y social.

La construcción selectiva implicaría elegir ciertas circunstancias de la realidad especialmente relevantes en una situación concreta y con determinada finalidad. Esta selección estaría guiada por (al menos) dos clases de criterios de relevancia: los jurídicos y los lógicos.

Los criterios jurídicos llevarían a seleccionar dentro de las múltiples descripciones posibles de la realidad, aquellas que muestran al enunciado fáctico como instancia del supuesto de hecho de la norma constituyente de la premisa

⁷ Esto último (*i.e.* el paso de las premisas a la conclusión por *modus ponens*) constituye la llamada “justificación interna” de la decisión judicial. Véase, por todos, Wróblewski (1967).

mayor. Esto no es más que aquello que muchos autores denominan “razonamiento calificador”, por contraposición con el “razonamiento probatorio”.⁸

Los criterios lógicos, por su parte, apuntarían a “aquellos hechos que no son jurídicamente calificados por norma alguna, pero que, sin embargo, pueden entrar en el proceso en la medida en que a través de su conocimiento se pueden extraer conclusiones útiles para demostrar la verdad o falsedad de un hecho jurídicamente calificado” (Taruffo, 2003a, p. 19). La relevancia de estos (enunciados sobre) hechos estaría, según el autor, en el proporcionar sustento inferencial al enunciado fáctico construido según los criterios de relevancia jurídica. De allí que los denomine (enunciados sobre) hechos *indiciarios*.

Pues bien, y a modo de primer comentario, no parece riguroso considerar a los (enunciados sobre) hechos indiciarios “criterios de construcción” del enunciado fáctico. Ellos son, más precisamente, elementos de la inferencia que le da apoyo probatorio a ese enunciado “una vez construido” (*i.e.* ya calificado); se trata de las premisas del razonamiento probatorio o más simplemente, de *las pruebas*.

Sobre esto nos centraremos a continuación, especialmente en relación a tres cuestiones: Primero, la relativa a si la verdad del enunciado fáctico es condición necesaria de la justificación de la decisión judicial y, en su caso, cuál es el papel del razonamiento probatorio a tal efecto (§1). Segundo, la relativa a la concepción de la prueba dentro del proceso (§2.1), y la consecuente relevancia atribuida a la “inmediación” (§2.2), de acuerdo al modo en que se entienda la relación entre premisas probatorias y enunciado fáctico. Por último, la relativa a los estándares de prueba como criterios determinativos de la *suficiencia* de las pruebas en favor del enunciado fáctico de la decisión (§3).

⁸ La “traducción al lenguaje jurídico” (Wróblewski, 1967, p. 18). Sobre esta clase de problemas véase Ferrua (2007); González Lagier (2005; 2007), Mazzaresse (1996, p. 86); Uberty (1979). Dejaré de lado en esta presentación las cuestiones concernientes al razonamiento calificador, sobre todo porque no han sido centrales en la discusión que aquí se reconsidera.

2. Primera discusión: justificación de enunciados fácticos, verdad y decisión justa

Las condiciones de justificación de los enunciados fácticos de la decisión judicial parecen de algún modo determinadas por la concepción que se tenga del proceso judicial y la finalidad que correspondientemente se le asigne. Taruffo planteaba en este aspecto dos alternativas como disyuntivas: (i) concebir al proceso como método de resolución de conflictos dirigido a poner término a la disputa; (ii) concebir al proceso como método para “aplicar la ley, poner en práctica el derecho y garantizar efectivamente los derechos individuales y colectivos...” (Taruffo, 2003a, p. 26).

La primera opción identificaría la justicia de la decisión como meramente procedimental: mero “respeto de las reglas del juego”. Taruffo apuntaba principalmente al denominado *adversary system*, un proceso, basado en una ideología para la cual la verdad es irrelevante, entendido como “competición deportiva” donde “no gana quien tiene razón; tiene razón quien gana” (Taruffo, 2009, p. 109).⁹

De conformidad con la segunda visión,

la justicia del procedimiento puede considerarse, ciertamente, como *una* condición de justicia de la decisión (al menos en el sentido de que no estamos dispuestos a aceptar como justa una decisión tomada dentro de un proceso injusto, en el cual, por ejemplo: el juez no practicó pruebas o hubiese decidido tirando los dados o basándose en una confesión obtenida con la tortura), pero no puede ser considerada como la única condición, o como condición suficiente de la justicia de la decisión (Taruffo, 2003a, p. 27).

Para Taruffo, la justicia del resultado del proceso (*i.e.* de la decisión) dependería no solo del respeto de las “reglas del juego” sino de “criterios *substanciales* de justicia” que identifica con la *correcta* “aplicación de *normas* en los casos concretos que son objeto de decisión” (Taruffo, 2003a, p. 28). Esta “correcta aplicación de normas”, por su parte, se daría solo si (a)

⁹ El sistema adversarial ha sido definido como aquel en el cual el proceso está bajo el control de las partes y el órgano decisor resta esencialmente pasivo (Damaška, p. 109).

la norma es adecuada para el caso y ha sido correctamente interpretada, y si (b) se ha determinado la verdad acerca de los hechos que constituyen el caso (Taruffo, 2003a, p. 29; 2009, pp. 117-118).

Para Taruffo (2003a, p. 29)

es evidente que si la norma N identifica el supuesto de hecho H como premisa necesaria para determinados efectos jurídicos, pero el hecho individual *h* que corresponde a H no existe (en la medida en que es falso el enunciado que lo describe), entonces la norma N no puede ser aplicada en este caso. Si, de todas maneras, el juez la aplica, ello basta para decir que la decisión *no es justa*.

El autor basa esta afirmación en que: “es obvio que a un proceso justo puede seguir una decisión injusta, si el juez se equivoca al interpretar la norma o si los hechos no se determinan correctamente porque el juez valora en modo equivocado el resultado de las pruebas” (Taruffo, 2003a, p. 30).

No obstante, si se asume (como parece plausible) que las reglas de valoración de la prueba forman parte del procedimiento, pues entonces una incorrecta valoración de la prueba como la de la cita precedente, produce una situación de “injusticia procedimental”, una violación de “las reglas del juego”, solapada por lo tanto con la “injusticia substancial” que preocupa a Taruffo. El caso interesante para contraponer “justicia procedimental” y “justicia substancial”, por el contrario, parece ser más bien aquél en que las reglas de valoración son respetadas, de modo que se declara *correctamente* probado (o no probado) el enunciado fáctico falso (o verdadero): ¿está allí jurídicamente justificada la decisión?, ¿en su caso, es también justa?

Parece haber aquí una ambigüedad en la posición de Taruffo desde que la condición (b) de “aplicación correcta de normas” (*i.e.* la “determinación de la verdad”) podría interpretarse según sus palabras, ya como (i) *verdad* del enunciado a secas (*i.e.* correspondencia con la realidad),¹⁰ ya como (ii)

¹⁰ Así interpretan Bouzat y Cantaro (2003, p. 70) la postura de Taruffo, en el sentido “...de que solo constituye una decisión judicial justa aquella que se funda en premisas fácticas verdaderas...”. Esta interpretación encuentra sustento en algunas afirmaciones de Taruffo, por ejemplo: si el hecho “no se ha producido ‘en la realidad’ no se puede aplicar la norma y, si se aplica, es suficiente para calificar como injusta la sentencia” (Taruffo, 2003b, p. 39).

prueba de la verdad del enunciado (*i.e.* *aparente* correspondencia dadas las pruebas valoradas).¹¹

A esto apuntaban especialmente Bouzat y Cantaro en su réplica, basándose en algunas ideas de Ricardo Caracciolo (2009, p. 43) centradas en la ambigüedad de la noción de “decisión judicial” que, como es sabido, designa tanto la *norma individual* (conclusión de la justificación interna de la decisión), cuanto la *acción de decidir*. Correlativamente, cabe distinguir entre justificación de la acción y justificación de su resultado (*i.e.* de la norma individual): “[l]a justificación es una noción relacional, que hace referencia a la relación existente entre un dominio de *razones* y un contra-dominio que hay que justificar (normas, acciones, creencias, proposiciones, etc.)” (Bouzat y Cantaro, 2003, p. 69). Y en efecto, la aparente ambigüedad en la posición de Taruffo respecto a las condiciones de justificación de la premisa fáctica, se corresponde con la presencia de estas dos decisiones (*i.e.* acción y norma) a justificar.

En este sentido, es usual decir que una norma estará justificada en tanto sea aplicación, *i.e.* implicación lógica, de otra norma. Para Caracciolo (2000), *aplicación de normas* implica la verdad de los enunciados fácticos subsumibles en el supuesto de hecho de la norma aplicada; luego, la condición de justificación de la decisión-norma es *la verdad* del enunciado fáctico.

Por el contrario, dado que no hay relaciones lógicas entre normas y acciones, la justificación de la acción de decisión del juez no podría darse por implicación lógica. Tal acción estaría justificada, en cambio, si fuere llevada a cabo en las circunstancias bajo las cuales una norma la ordena o faculta. Y parece evidente que los ordenamientos procesales ordenan o

¹¹ Son varios los pasajes donde la posición del autor se torna ambigua, por ejemplo: “...un enunciado fáctico es *verdadero* si **está confirmado** por pruebas y es *falso* si las pruebas disponibles **confirman** su falsedad; y *no está probado* si en el proceso no se adquirieron pruebas suficientes para demostrar su verdad o falsedad” (Taruffo, 2003b, p. 31, negritas propias); “la concepción de la verdad procesal como correspondencia con la realidad externa y, *por lo tanto*, como *demostrabilidad* en juicio mediante pruebas, es válida para todo tipo de hecho que el juez deba verificar” (Taruffo 2003b, p. 40, cursivas propias); “[l] o que persigue el proceso es *la mejor aproximación posible*, basada en las pruebas que estén disponibles en el caso proceso concreto, a la verdad ‘histórica’ o ‘empírica’ de los hechos” (Taruffo 2003b, p. 86, cursivas propias).

facultan a los jueces a decidir (*i.e.* a emitir normas individuales) en relación a determinadas normas generales “si los enunciados fácticos en estas últimas subsumibles *están probados*”; luego, la condición de justificación de la decisión-acto es *la prueba* del enunciado fáctico.

Así las cosas, se daría entonces la paradoja de que el ordenamiento jurídico consideraría justificadas (ordenaría o facultaría) decisiones acto consistentes en la emisión de decisiones norma injustificadas (*i.e.* no “aplicativas” de normas generales). Esta situación se daría en todos los casos en que los enunciados fácticos relevantes estuviesen probados siendo, sin embargo, falsos.

Ahora bien, dejando por un momento de lado la posición de Taruffo sobre el punto, ¿qué sería lo paradójico de esta situación: que el derecho pueda conducir a resultados *injustos* mediante decisiones (jurídicamente) justificadas (por declarar probados enunciados fácticos falsos); o bien que una descripción del derecho lo muestre como incoherente (por darse en su interior, según sus criterios internos, acciones jurídicamente justificadas con resultados injustificados)? Porque al tiempo que no parece haber nada de paradójico en lo primero, consecuencia de la falibilidad de todo método de decisión no omnisciente; si el problema fuere del segundo tipo, la paradoja pareciera disolverse con una reformulación de los criterios jurídicos de justificación.

En este sentido, Sánchez Brígido y Seleme (2002, p. 292) proponían hace algunos años enlazar los criterios de justificación de los actos de decisión con los de las normas resultantes reconstruyendo “la norma que justifica el acto como haciendo referencia a la justificación de su contenido”. De este modo, si “aplicación correcta de normas” implica conceptualmente (i) la *verdad* de los enunciados fácticos relevantes, habrá que incluir entre las condiciones de permisión o mandato del acto de decisión judicial el que esos enunciados sean verdaderos. Por el contrario, si “aplicación correcta de normas” requiere solamente (ii) la *prueba* de los enunciados fácticos (sean verdaderos o falsos), pues entonces se podrá considerar sin problemas también a la mera prueba de los enunciados como la condición justificativa del acto de decisión. De este modo, decisión norma y decisión acto estarán justificados o injustificados en los mismos casos, al menos a la luz del derecho.

Recientemente, optando aparentemente por la segunda opción¹², decía Taruffo (2010, p. 28) que la justicia de la decisión “no presupone solamente su *legalidad*, es decir su derivación de una interpretación y aplicación correcta de las normas sino también su *veracidad*, es decir la *comprobación de la verdad* de los hechos relevantes...”. Pero si esto es así, pues entonces lo que el autor llama justicia substancial y justicia procedimental colapsan: la realización correcta del procedimiento, incluida la valoración de la prueba, satisface las condiciones de justicia substancial. De hecho, Taruffo (2003b, p. 86) afirmaba metafóricamente que puede no llegarse al polo sur, “pero si quiero ir a la Tierra del Fuego debo saber en qué dirección moverme”. El punto es, precisamente, que donde se tiene la finalidad de llegar es a Tierra del Fuego, no al polo sur: a la *prueba* de los hechos y no (necesariamente) a su *verdad*.

De este modo, además, las dos concepciones procesales presentadas como antagónicas se acercan considerablemente: no hay inconvenientes en concebir al proceso judicial como “método de resolución de conflictos” ya que su realización correcta garantiza la “correcta aplicación de las normas jurídicas”.

Así vista la cuestión, la relación entre prueba y verdad habría de analizarse en diversos niveles. En primer lugar, preguntándose si el proceso judicial *debe* estar dirigido a pronunciamientos con enunciados fácticos verdaderos. En este sentido, se han dado buenas razones para mostrar que de ello depende el éxito del derecho mismo en su función de dirección de la conducta de los ciudadanos.¹³ En segundo lugar, asumiendo que así *debe ser*, cabría preguntarse todavía si los procesos judiciales tal como se estructuran efectivamente tienen en vistas satisfacer tal exigencia normativa, si *es* como debe ser. En tercer lugar, cabría preguntarse también si esas reglas son respetadas en cada sistema procesal y en su caso en qué grado, si son eficaces en vistas a alcanzar la verdad, etc. (Taruffo, 2010, p. 25).

El que un determinado ordenamiento procesal esté o no interesado en *descubrir la verdad* y, en su caso, cuán interesado esté, parece ser función, entre otras cosas, de las exigencias de pruebas epistémicamente relevantes para adoptar la decisión final, de cuánta prueba se exija para considerar que

¹² Véanse además las citas en nota 10.

¹³ Se habla, en este sentido, de la verdad como *ideal regulativo* y de relación teleológica entre prueba y verdad: por todos, Ferrer Beltrán (2007, pp. 29-30).

los enunciados fácticos están probados y de quién deba o pueda ofrecer y producir prueba.¹⁴ Estas cuestiones son objeto de discusión todavía hoy.

En lo que aquí importa, cabe decir solamente que, si el ordenamiento exige efectivamente que la decisión se base en pruebas genuinamente epistémicas, a lo sumo, quedará por discutirse si la medida en que esa regulación propende a *descubrir* la verdad es o no satisfactoria, si se tutelan o no suficientemente otros valores, etc.; pero no cabrá decir que *no le interesa la verdad* sin más por el solo hecho de concebirse al proceso como *adversarial*.¹⁵

Por lo que queda, asumiendo que son desde algún punto de vista *injustas* las normas individuales dictadas en base a enunciados fácticos falsos, será entonces inevitable reconocer que el derecho otorga “definitividad” (y que considera acaso justificadas) a decisiones (acto y norma) *injustas*.¹⁶

¹⁴ Si bien no puede aquí abordarse la cuestión en detalle, suele darse gran importancia al rol que el ordenamiento procesal reserva al juzgador como indicador de su preocupación por la determinación de la *verdad* de los enunciados fácticos. Para Taruffo un juez “árbitro” sin poderes probatorios (como el del procedimiento *adversarial*) lleva a un proceso donde “gana el más fuerte” sin ser relevante si el enunciado fáctico sobre el que se decide es verdadero o no. Frente a él, un juez con un rol de “gobierno del proceso” y poder probatorio autónomo, sería garante de la “correcta aplicación de la ley” lo que propendería a enunciados verdaderos (Taruffo, 2003b pp. 34-35). Parte de la objeción de Bouzat y Cantaro apunta a esta visión que está en clara contradicción con la de aquellos que entienden al contradictorio entre dos iguales frente a un tercero neutral precisamente como *garantía epistemológica* (por todos, Ferrajoli, 2005, p. 52; Redonod, 2012, p. 39, nota 17). Estas dos posturas llevan a los procesalistas a muy diversas conclusiones en temas como el de las “cargas dinámicas de la prueba”, las “medidas para mejor proveer”, etc. Parte de esta discusión puede verse en Vargas (2009).

¹⁵ De allí también que sea sospechosa la pretendida conexión necesaria entre el proceso adversarial con la “prueba como persuasión” (idea presente en Gascón Abellán, 2003, p. 54) ya que si el juez (aun siendo completamente neutral y probatoriamente pasivo) debe decidir de acuerdo a las pruebas que se ofrecieron y produjeron, y si ha de hacerlo de acuerdo a un criterio de suficiencia con bases epistémicas, entonces nada obsta a que decida declarando *ganador* a quien tenga buenas o mejores razones *epistémicas*. Por cierto, puede dudarse de que el *adversary system*, resulte más o menos idóneo para el descubrimiento de la verdad, así como también, y sobre todo, de si ese tipo de procedimiento es justo en términos sociales; pero estas son dos cuestiones muy distintas (sobre lo primero puede verse, entre otros, Damaška, 2003, pp. 137-150; Fiss, 1982).

¹⁶ Esto podría presentarse de varios modos según cómo se combinen las condiciones normativas que justifican la decisión (acto y norma), de conformidad a la propuesta antes reproducida. Si se asumiese que decisión acto y norma están justificadas si los enunciados fácticos están *probados*, habrá decisiones jurídicamente justificadas pero extrajurídicamente *injustas* toda vez que los enunciados fácticos probados fueren falsos. Si, por el

Exactamente del mismo modo, el derecho nunca se ha visto impedido de otorgar definitividad y considerar jurídicamente justificadas decisiones (acto y norma) que pueden afirmarse como *injustas* aun cuando basadas en premisas fácticas verdaderas. Esto es así toda vez que lo *injusto* sean las normas jurídicas correctamente aplicadas. En cualquiera de los casos, no encuentro nada paradójico en afirmar que el derecho fue, es, o podrá ser *injusto*.

3. Segunda discusión: la prueba judicial, entre conocimiento y persuasión

Taruffo traía a colación dos concepciones contrapuestas de la prueba judicial: prueba como *conocimiento* y prueba como *persuasión* (Taruffo, 2010, p. 30). Marina Gascón Abellán apuntaba especialmente a este fragmento, conectando cada una de esas concepciones con ciertas posturas epistemológicas: (a) objetivista crítica (identificada con la prueba como *conocimiento*);¹⁷ (b) constructivista (identificada con la prueba como *persuasión*);¹⁸ y (c) cognoscitivista acrítica.¹⁹

contrario, se asumiese que decisión acto y norma solo están justificadas si los enunciados fácticos son *verdaderos*, habrá decisiones injustas toda vez que el derecho otorgue (quizás paradójicamente) carácter definitivo a decisiones que, por ser falsos sus enunciados fácticos, están (incluso jurídicamente) injustificadas. Esta última alternativa ha llevado a marcar una analogía entre este fenómeno y la cláusula alternativa tácita kelseniana (Ferrer Beltrán, 2001, p. 76).

¹⁷ Lo que implicaría asumir que hay “hechos externos” susceptibles de ser conocidos, que las pruebas son instrumentos para ello y que, en cualquier caso, el conocimiento es falible (Gascón Abellán, 2003, p. 44 y Taruffo, 2003a, p. 32).

¹⁸ Aquí se “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” (Gascón Abellán, 2003, p. 45).

¹⁹ El cual “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” (Gascón Abellán, 2003, p. 47). Estas relaciones habían sido ya exploradas en Gascón Abellán (2004, Cap. II).

3.1. Persuasión y verdad

Decía Taruffo (2003a, p. 32), y reproducía Gascón Abellán (2003, p. 45), que “una concepción de este tipo [de la prueba como medio de persuasión] es compatible con (y, más aún, implica) una concepción *irracional* de la valoración de la prueba”.²⁰ Se atribuía a la concepción persuasiva el hacer colapsar confirmabilidad y verdad, de modo que verdadero sería aquello, y solo aquello, “que resulta probado en el proceso” (Gascón Abellán, 2003, p. 46). En este sentido, si probado en el proceso significase corazonada o convicción irracional del decisor, entonces la verdad *sería* el contenido proposicional de la corazonada o convicción irracional.

Así presentadas, las ideas de prueba y de verdad resultan claramente contra-intuitivas. Sin embargo, parece posible matizar el pretendido enlace necesario entre prueba como persuasión y valoración irracional de la prueba, así como también su incompatibilidad con el concepto de verdad como correspondencia.

En primer lugar, en el lenguaje ordinario persuasión significa “aprehensión o juicio que se forma en virtud de un fundamento”; y persuadir significa “inducir, mover, obligar a alguien con razones a creer o hacer algo” (RAE). Así concebida, por definición, la persuasión implica algún criterio de corrección.²¹ Y como consecuencia de ello, no cualquier cosa, no “cualquier causa” (Taruffo, 2003a, p. 33), podrían llevar a la persuasión del juez, sino tan solo aquellas que *fundamenten* su juicio de conformidad con ese criterio.²²

²⁰ En el mismo sentido, la prueba *como persuasión* “...se sitúa fuera de toda perspectiva racional ya que toma en cuenta solo la función persuasiva de la prueba...” (Taruffo, 2010, p. 31).

²¹ La posición contraria que aquí se evalúa no parece del todo ajena al pensamiento de Taruffo quien afirma en un pasaje que la prueba como persuasión se dirige a convencer al juzgador “de lo fundado o infundado de un enunciado fáctico” (Taruffo, 2003a, p. 32).

²² En este sentido, es perfectamente posible distinguir la “persuasión” del juez “fundada” en el ofrecimiento de dádivas por parte de una de las partes o sus representantes, de la “persuasión” del juez “fundada” en aquellas que Taruffo llama pruebas en sentido estricto (Taruffo, 2003a, p. 30). De allí que parezca incorrecto también inferir del hecho de que la prueba frente al *jury* norteamericano es persuasión, y de que éste nunca motiva su veredicto, que éste “*por lo tanto*, queda siempre falto de todo fundamento racional” (Taruffo, 2010, p. 24). Motivar es explicitar razones, pero de la ausencia de (necesidad de) explicitación no se sigue ausencia de razones.

En segundo lugar, ¿en qué puede consistir esa corazonada o esa convicción –por irracional que fuere– si no es precisamente en la *correspondencia* de la proposición expresada por el enunciado fáctico (y la creencia o corazonada) con la realidad?²³ Taruffo decía que la visión de la prueba como persuasión no es “totalmente falsa”. Ella sería correcta desde el punto de vista “absolutamente parcial” del abogado, “quien usa las pruebas no con el fin de conocer o de comunicar conocimiento, sino con el fin de convencer al juez sobre la credibilidad de *su* versión de los hechos” (Taruffo, 2003a, p. 33). Pero ¿qué puede significar “convencer sobre su credibilidad” sino en el sentido de correspondencia con la realidad?

El problema con “la mera persuasión”, entendida en el sentido restringido de simple convicción, “casi corazonada”, no parece estar tanto en ella misma como criterio probatorio sino en su relación con ciertos motivos que podrían explicar la presencia de ese estado subjetivo en el decisor y que quedarían inmunes al control.²⁴ Desatender esos motivos conduciría a ciertos resultados insatisfactorios por “sobre” o “infraincluyentes” en relación a las razones epistémicas con que eventualmente se cuente. Lo primero, en los casos en que el decisor estuviere “persuadido” (por tanto, esté probado el enunciado) siendo insuficientes las razones epistémicas disponibles (Taruffo, 2003a, p. 35). Lo segundo, cuando él no se sintiere persuadido (por tanto, no esté probado el enunciado) frente a razones epistémicas suficientes. Contrariamente, se asume que cuando alguien *conoce*, está persuadido, pero con la particularidad de que su persuasión está sustentada en pruebas (i.e. razones epistémicas) *suficientes*.

Ahora bien, Taruffo (2003a, p. 35) rechaza además la “prueba como persuasión” por otra razón, a saber:

el juez *debe* fundar su decisión exclusivamente en pruebas admisibles (...) no es irrelevante cuál sea la fuente de su persuasión:

²³ Este punto era ya señalado en Ferrer Beltrán (2002, p. 79).

²⁴ Por ejemplo, por “fundarse” en argumentos “persuasivos” pero falaces, etc. Este temor está fundado seguramente por razones históricas (por todos, Couture, 1958, p. 273; Ferrajoli, 2005, p. 139; Maier, 2005, pp. 445 y ss.) Más recientemente Taruffo mostraba a la íntima convicción en dos facetas diversas, una pervertida por irracional y otra conducente a y coincidente con la aplicación de las “reglas de la razón” (Taruffo, 2009, p. 161). Véase también Engel (2009).

si ésta deriva de informaciones extrajudiciales (la denominada “ciencia privada” del juez) o de pruebas ilícitas o inadmisibles, la decisión no se podrá basar en ellas solo porque el juez las encuentre persuasivas.

En este orden de ideas, y volviendo a lo dicho al final del apartado precedente, lo llamativo es que en este pasaje la “prueba como persuasión” aparece a los ojos de Taruffo como indeseable aun cuando mayormente fundada desde el punto de vista epistémico.

Cabría dilucidar el sentido que en el pensamiento de Taruffo tiene ese *deber* del juez (*i.e.* jurídico, moral, etc.), pero cualquiera sea el caso, lo cierto es que el aceptarlo implica relegar el objetivo de máximo acercamiento epistémicamente posible a “la verdad”, en favor del “respeto de las reglas de juego”, considerándose justificado (desde el plano normativo del que provenga ese *deber*) que las decisiones contengan enunciados fácticos falsos o, como mínimo, contrarios a lo que las (mejores) razones epistémicas disponibles indican como verdadero. Lo llamativo es que si ese deber se concibiese como *moral* (y si se considerase que lo moralmente correcto es *justo*), pues decidir sobre la base de las pruebas meramente admisibles (aun cuando epistémicamente “peores”) y tener por probados enunciados fácticos falsos (o viceversa) no sería ni siquiera extrajurídicamente *injusto*.

3.2. Motivación, intermediación y control sobre la justificación de los enunciados fácticos

Suele concebirse a la prueba (sea como persuasión, sea como conocimiento) como especialmente vinculada con la noción de intermediación. Para quienes creen que la prueba ha de dirigirse a persuadir con independencia de toda razón epistémica, la intermediación se presenta como fuente privilegiada de esa irracional e inexpressable convicción.²⁵ Para quienes creen que la prueba ha de dirigirse a proporcionar razones epistémicas, es usual considerar que la intermediación ofrece un acceso privilegiado a esas razones, que no serían evaluables por quien no comparta esa posición.

²⁵ A esto apuntaban especialmente Gascón Abellán (2003) y Taruffo (2003b, p. 82).

Esto conduciría a

blindar el juicio y la decisión de primera instancia frente a la crítica en otro plano jurisdiccional; puesto que algunos elementos de convicción, considerados fundamentales para la formación del criterio judicial en tema de hechos, por su difícil o imposible verbalización, por su práctica intraducibilidad en palabras, resultarían infiscalizables (Andrés Ibáñez, 2003, p. 59).²⁶

La cuestión ha tenido relevancia práctica en diversos sistemas procesales, especialmente en lo relativo al rechazo de ciertos recursos concebidos como limitados a la revisión de “cuestiones de derecho”. En especial, allí donde esos recursos son los únicos previstos contra determinadas decisiones, al tiempo que (se entiende haya) otras normas, a veces con jerarquía suprallegal, que garantizan un recurso íntegro.²⁷

Dejando de lado los argumentos de corte esencialista en relación a ciertas vías impugnativas,²⁸ como también aquellos que se aferran a la letra de ciertas disposiciones y/o a interpretaciones de índole conservadora,²⁹ muchas veces ese rechazo se ha fundado en una pretendida *imposibilidad epistémica* de control de la justificación de la premisa fáctica por ser ella, precisamente, producto de la inmediatez.³⁰

Este punto no ha sido pasado por alto en la epistemología jurídica de los últimos años. Se ha mostrado que ese aparente blindaje epistémico producido por la inmediatez, se diluye frente a una explicitación del sustento de cada enunciado fáctico, y distinguiendo, consecuente y cuidadosamente, a los genuinos enunciados de inmediatez de aquellos inferenciales: un

²⁶ Véase también Andrés Ibáñez (1992a).

²⁷ Por ejemplo, en relación al art. 8, 2, h del Pacto de San José de Costa Rica se ha dicho que “[i]ndependientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida” (CIDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párrafo 165).

²⁸ Aludiendo, por ejemplo, a la *naturaleza jurídica* del recurso (e.g. de casación) como excluyente de la revisión de la justificación de enunciados fácticos.

²⁹ Pienso en aquellas interpretaciones que atribuyen significado a ciertas disposiciones que regulan, por ejemplo, el recurso de casación, sobre la base de que la intención del legislador histórico habría sido la de excluir del control en alzada a las “cuestiones sobre hechos”.

³⁰ Obstáculo que afectaría a todo recurso de aquellos a que los procesalistas califican como “de efecto devolutivo”.

enunciado solo es producto de la inmediatez “cuando su apoyo no está basado o justificado en premisas sino en hechos externos”; se trata de productos de la *percepción* del individuo que los sostiene y dependen, por tanto, de su posición epistémica en el sentido de “relación sujeto-mundo”.³¹ Por el contrario, “[u]n enunciado es inferencial cuando es o puede ser reconstruido como una conclusión basada en premisas” de modo que se presenta como una “relación enunciado-enunciado” donde cada premisa es una conclusión que se infiere de otras premisas (Pérez Barberá y Bouvier, 2004, p. 188).

La imposibilidad de control epistémico afecta pura y exclusivamente a los enunciados de inmediatez. Pero lo cierto es que ellos, cuantitativa y cualitativamente, carecen de la relevancia que históricamente se les atribuyó. En efecto, imagínese al tribunal (o jurado) que recepta la prueba en el juicio oral: ¿qué es producto de la inmediatez? El enunciado según el cual el testigo “movió las manos de tal o cual modo”, por ejemplo, pero nada más que eso. Lo que de allí *se siga*, e.g. “su nerviosismo”, será ya producto de la inferencia y será, por tanto, controlable.

A esto se apuntaba ya en Discusiones 3 cuando se subrayaba la importancia de que el fundamento de los enunciados fácticos contenga “...datos verbalizables y suficientemente verbalizados, para que resulten intersubjetivamente evaluables, susceptibles de un control racional de su valor convictivo mediante la puesta en relación con los de otra procedencia” (Andrés Ibáñez, 2003, pp. 59-60).³² Así, el espacio de lo incontrolable se reduce considerablemente, desmitificándose a la inmediatez, si se desenmascara a los enunciados que, presentados como *perceptivos*, no son sino enunciados inferenciales con premisas ocultas.³³

³¹ “Por eso decimos que los enunciados de inmediatez son auténticos enunciados ‘últimos’, pues ‘antes’ de ellos no hay otros enunciados sino directamente una percepción sensorial” (Pérez Barberá, 2007, p. 247).

³² En el mismo sentido Andrés Ibáñez, 1992a, pp. 297-299. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se enfrentó a esta cuestión en varias ocasiones, por todos véase “Casal, Matias E., y otros s/ robo simple en grado de tentativa” (causa N° 1681, del 20/09/2005).

³³ Véase Pérez Barberá y Bouvier (2004, p. 187). La “magnificación de lo que es producto de la inmediatez” se basa también en la sospechosa distinción entre prueba directa y prueba indirecta que por razones de extensión no puede ser aquí abordada.

4. Tercera discusión: presunción de inocencia y estándares de prueba

Aunque no discutido explícitamente, lo relativo a la *suficiencia* de las razones epistémicas en favor de enunciados fácticos permeaba cada espacio de Discusiones 3. En la introducción al número, luego de identificarse como centrales a las cuestiones del “concepto y finalidad de la prueba”, del “objeto de prueba”, de la “valoración de la prueba” y de la “motivación de la declaración de hechos probados”, se presentaba a tres de ellas como indisolublemente ligadas a la suficiencia: en efecto, se decía que “concepto y finalidad” de la prueba, han de determinar “cuándo es razonable sostener que un enunciado parece verdadero, a la luz de la información de que disponemos” (Ferrer Beltrán y González Lagier, 2003, p. 8); que las reflexiones acerca de la “valoración” habrían de dirigirse “a obtener criterios que nos permitan determinar cuándo un enunciado está probado, es decir, cuándo es razonable considerar que ese enunciado es verdadero, a la luz de la información de la que disponemos”. En lo relativo a la “motivación de la declaración de hechos probados”, por último, se decía que ella concierne a “... los instrumentos para mostrar (hacia terceros) las razones que justifican dicha declaración” (Ferrer Beltrán y González Lagier, 2003, p. 9).

La omnipresencia de la cuestión de la suficiencia probatoria y, con ella, de los estándares de prueba,³⁴ parece insoslayable toda vez que se reconozca que la justificación del enunciado fáctico de la decisión judicial depende de un razonamiento no concluyente; en términos generales, una inferencia inductiva cuya justificación no puede ser sino probabilística y falible.³⁵ Esto, en conjunción con la necesidad jurídica de decidir (contracara de la prohibición de denegar justicia) declarando “probado” o “no probado” al

³⁴ La expresión “estándares de prueba” aparece, sin embargo, recién al final del número (Taruffo, 2003b, p. 93). Recientemente se ha planteado una especie de paralelismo entre estándares de prueba (pretendidamente anglosajones) y sistemas de valoración (pretendidamente latinos) (Lluch, 2012). Creo, por el contrario, que todo sistema de valoración requiere de un criterio de suficiencia (*i.e.* estándar) y que todo estándar supone un sistema de valoración. No puedo ocuparme de esto aquí, aunque parte de las razones que sustentan esa posición quedarán expuestas en §3.1.

³⁵ Por todos, Ferrajoli (2005, p. 53).

enunciado correspondiente. La combinación de inferencia probabilística y necesidad de decidir conduce inexorablemente a la búsqueda de criterios de suficiencia concretos: estándares de prueba.

La cuestión ocuparía un lugar central en la agenda epistemológico-jurídica de los años sucesivos a Discusiones 3. Sin embargo, la epistemología empezaría a mostrar sus limitaciones. En particular, su relativa falta de idoneidad para ofrecer unidades de medida de la prueba, y su consecuente impotencia para determinar criterios de suficiencia concluyentes.

4.1. El peso de la prueba y los límites de la epistemología

El contar con un criterio de suficiencia probatoria depende lógicamente de la determinación previa de un método que suministre las unidades de medida sobre cuya base formularlo. En la búsqueda de tales unidades de medida, la epistemología jurídica se ha centrado en general en la noción de *probabilidad* en cuyo contenido, se supone, ellas habrían de encontrarse.

Los autores se han dividido según consideren o no posible, a estos efectos, recurrir a las nociones de probabilidad que responden al cálculo matemático.³⁶ Entre los primeros, dos líneas de pensamiento han tenido particular repercusión: (i) la que concibe a la probabilidad como *frecuencia relativa* de eventos;³⁷ y (ii) la que la concibe como *grado de creencia* proclamando además la aplicación del *teorema de Bayes* al razonamiento judicial sobre hechos.³⁸

³⁶ Por todos, Cohen, (1998 [1989]). El que la probabilidad sea matemáticamente calculable significa que le son aplicables las reglas de: (i) complementariedad para la negación (*i.e.* la conjunción de la probabilidad de una proposición y su negación suman siempre 1), y (ii) multiplicación para la conjunción (*i.e.* la probabilidad de que dos proposiciones sean verdaderas es igual a la multiplicación de la probabilidad de cada una de ellas).

³⁷ Téngase presente que una cosa es la prueba estadística y otra distinta la concepción de los estándares de prueba en términos estadísticos (Pardo, 2013, p. 104). Una defensa de la utilización de estadísticas en general en el marco jurídico en Schauer (2008, p. 89). Algunas críticas a estas posiciones en Cohen (1977, p. 74); Ferrer Beltrán (2007, p. 98); Gascón Abellán (2004, p. 198).

³⁸ Por todos, de Finetti (1993 [1973], p. 205.) Conviene tener presente que el nivel de discurso que los defensores del método bayesiano asumen es explícitamente normativo (por todos, Lindley, 1971, p. 3-4). Véase también, Garbolino (1997, p. 93-98). Una serie de trabajos

En cualquier caso, estas tentativas han resultado en general infructuosas en el marco de la decisión judicial por varias razones, pero principalmente por la inaplicabilidad de las reglas del cálculo matemático dados ciertos resultados contraintuitivos y/o jurídicamente inaceptables a que conduciría (Cohen, 1977, p. 58-91); 1998 [1989], p. 185-186).

En contraste, suele entenderse hoy a la probabilidad como soporte lógico que la evidencia ofrece a la hipótesis desde una perspectiva “baco-niana”, no susceptible de someterse al cálculo matemático (Cohen, 1977, p. 121).³⁹ A muy grandes rasgos, se ha sostenido en esta orientación, que la probabilidad equivale al apoyo inductivo función de la *variedad* de variables a que una hipótesis es sometida (Cohen, 1985).⁴⁰ A mayor complejidad de variables que la hipótesis supera mayor será su apoyo inductivo. Pero sea como fuere, lo cierto es que el método no proporciona instrumentos para cuantificar el peso probatorio de cada hipótesis en competencia, sirviendo tan solo para compararlas, para *ordenarlas* (Ferrer Beltrán, 2007, p. 122).

En estas circunstancias se ha recurrido a nociones emparentadas con la llamada “inferencia hacia la mejor explicación” (Harman, 1965). Se sostiene que estas nociones serían adecuadas tanto para describir la práctica judicial en lo relativo a la aceptación de enunciados fácticos cuanto para proporcionar criterios normativos de comparación y selección de hipótesis fácticas “probablemente verdaderas” (Canale, 2013, p. 225; Pardo y Allen, 2008; Pardo, 2013). Pero en todo caso, los criterios podrán determinarse solo sobre la base del *peso comparativo* de las inferencias y sus conclusiones. Y esto sería todo cuanto la epistemología puede ofrecer (Bayón Mohino, 2009, p. 24).

dirigidos explícitamente a la aplicación del teorema de Bayes a la decisión judicial en Tillers y Mura (2003). Por razones de extensión, estas ideas no pueden ser aquí ampliadas.

³⁹ Cfr. Hempel (2005 [1965] p. 16).

⁴⁰ Esta noción parece estar subyacente muchas veces en los conceptos de *razonabilidad*, *verosimilitud*, *confirmabilidad*, *credibilidad*, fiabilidad o plausibilidad muchas veces utilizados al referir a la justificación de la premisa fáctica de la decisión judicial (cfr. por ejemplo, Asencio Mellado, 1989, p. 16; Ferrajoli, 2005, p. 120, González Lagier, 2005, p. 66 y 72).

4.2. La prueba suficiente y la presunción de inocencia

La limitada oferta de la epistemología, *i.e.* la de determinar cuál es la mejor hipótesis entre las que están en competencia, no es de por sí despreciable. Sin embargo, desde el punto de vista axiológico, solo permite satisfacer la que se calificó como “sensibilidad mínima” al riesgo de error, esto es, la que se conforma con tener por probada siempre la *mejor* hipótesis, incluso siendo esa una mala hipótesis, o siendo solo mínimamente mejor que la que le sigue en el orden de bondad. De tal modo y al menos en principio, los riesgos de error (en términos procesal-penalistas, las falsas condenas y las falsas absoluciones) se distribuirían por igual (Bayón Mohino, 2009).⁴¹

No obstante, se afirma que el derecho tiene, o que debe tener, una “sensibilidad más que mínima” al riesgo de error; por lo menos en ciertos ámbitos disciplinares (*e.g.* el penal), donde no sería suficiente con determinar la mejor hipótesis, sino que sería necesario contar con una hipótesis especialmente buena, tal que se reduzcan “más que mínimamente” ciertos errores (*e.g.* los de condenas a inocentes).

En este orden de ideas, la medida de bondad probatoria que una hipótesis deba satisfacer depende de un juicio *valorativo* que determina cuándo es *justa* la distribución del riesgo de error. En la búsqueda de esta medida, prioritariamente enfocada al ámbito del proceso penal, se ha recurrido usualmente a la “presunción de inocencia”, como presunta expresión de un juicio valorativo determinativo de la suficiencia de las pruebas para condenar. Específicamente, se trataría de una valoración subyacente a la “regla de juicio” que históricamente se ha derivado de dicha presunción,⁴² y que suele identificarse con el *in dubio pro reo* y/o con la conocida como prueba *más allá de toda duda razonable* (Andrés Ibáñez 2003, p. 61; Taruffo, 2003b, p.

⁴¹ Las expresiones “sensibilidad mínima” y “más que mínima” son del autor.

⁴² Además de esta regla, usualmente se derivan de la presunción de inocencia una regla “de tratamiento” del imputado como inocente y otra de “producción de la prueba” (carga – o más precisamente “responsabilidad” – de la acusación). Cfr. Fernández López (2009, p. 10).

92).⁴³ En cualquier caso, se trataría de una preferencia de las absoluciones a culpables por sobre las condenas a inocentes.⁴⁴

Sin embargo, el recurso a estos enunciados y reglas se ha mostrado recientemente como infructuoso.⁴⁵ Esto así porque de la proscripción de condena ante la duda o la duda razonable, nada se sigue respecto al criterio de suficiencia, al menos no si se rechazan los criterios probatorios meramente internos, *i.e.* a la “mera persuasión”. En efecto, en este último sentido, la duda excluye, por definición, creencia, convicción y (mera) persuasión; pero dado que ni la presencia ni la ausencia de esos estados subjetivos podría determinar que un enunciado fáctico en el ámbito judicial esté *probado*, la presencia o no de dudas (así entendidas) tampoco proporciona criterio alguno.

Decía recientemente Ferrer Beltrán que “duda” puede aquí entenderse en al menos tres sentidos: (i) como estado psicológico excluyente de los otros estados antes referidos; (ii) como imposibilidad racional de certeza y (iii) como contrario a *suficientemente probado*. Dado que (i) conduce a los problemas aludidos al hablar de prueba como mera persuasión y que (ii) conduciría a que ningún enunciado fáctico pueda considerarse probado jamás (dado que esas dudas son insoslayables ante razonamiento aproximativos), entonces solo resta (iii). Pero entonces, la “ausencia de duda” es función del estándar de prueba (y no al revés), de modo que la presunción de inocencia y sus reglas derivadas son compatibles con diversos estándares, presuponiendo alguno, pero siendo insignificantes para determinarlo (Ferrer Beltrán, 2010).

Más aún, se ha dicho recientemente que quienes defienden el juicio valorativo pretendidamente subyacente a la presunción de inocencia, según el cual es preferible la absolución del culpable que la condena del inocente, no cuentan con una herramienta conceptual para decir *cuánto* peor o mejor es uno u

⁴³ Estos aspectos “probatorios” de la presunción de inocencia, se dice, son prioritarios en el *common law* respecto a la “regla de trato” (cfr. Batia y Pizzo, 2011).

⁴⁴ Naturalmente, “culpable” e “inocente” aquí son utilizados en sentido “material” sin presuponer “declaración de culpabilidad” (cfr. Laudan, 2005).

⁴⁵ Larry Laudan, ha ido criticando con creciente fervor la “razonabilidad” del *beyond a reasonable doubt* en varios sentidos, entre ellos, incluida la valoración subyacente antes mencionada (en especial Laudan, 2003, p. 331). Véase también, Allen y Laudan (2008); Laudan y Allen (2010).

otro resultado, y guiar así la formulación de un estándar (Laudan, 2011). En consecuencia, incluso si la epistemología proporcionase criterios cardinales del peso de las hipótesis (y no meramente ordinales), todavía habría que buscar criterios valorativos que determinasen cuán “cardinalmente apoyada” *debe* de estar una hipótesis para la adopción de tal o cual decisión.

5. Consideraciones finales

Algunos años más tarde de la aparición de Discusiones 3, en la que se lamentaba la histórica marginalización de las cuestiones epistemológicas sobre la prueba en el proceso judicial, decía Juan Carlos Bayón que “decididamente, y por fortuna, ese tiempo ha pasado ya” (Bayón Mohino, 2009, p. 16). No solo se ha multiplicado la literatura sobre el asunto, sino que además se ha iniciado y mantenido un fecundo, y acaso inusual, diálogo entre autores de diversas tradiciones jurídicas, así como entre filósofos, epistemólogos y juristas.

Sin embargo, especialmente en lo relativo a los estándares de prueba, la brecha entre teoría y práctica parece haberse más bien ampliado, tanto por lo inadecuado de las tentativas explicativas, cuanto por la implausibilidad de las propuestas normativas (Allen, 2013, pp. 56-57). Al tiempo que se pretende (o se pretende se deba) ser “más que mínimamente sensible” al riesgo de error, se ha llegado a la aparentemente indefectible conclusión de que, no solo la epistemología es inidónea para satisfacer tal pretensión, sino que además los enunciados jurídicos son inexpressivos de una medida de “sensibilidad” moral en concreto, e incluso que la filosofía moral estaría en dificultades para proporcionar criterios de distribución. A pesar de esto, los jueces continúan diariamente, y quizás solo porque no pueden no decidir, declarando *suficientemente probados* los enunciados fácticos de sus decisiones. En estas circunstancias, la *real* distribución del riesgo de error correspondiente a esa suficiencia, pareciera ser más bien función de la valoración de cada decisor en cada caso (Stein, 2005, p. 119).⁴⁶ De tal modo,

⁴⁶ Ciertamente, no se sigue de esto que esas valoraciones no puedan apoyarse en razones, razones *prácticas*, claro está.

“la prueba como conocimiento” corre el peligro de caer, sin quererlo, en “mera persuasión”, al menos en el sentido de *persuasión de haber prueba moralmente suficiente*. Esto ha llevado a muchos de quienes propician que las decisiones morales relevantes sean adoptadas democráticamente, a proponer la revisión de los sistemas de valoración de la prueba que conducen a una situación tal, a modo de retorno a los sistemas legales.⁴⁷

Sea como fuere, lo cierto es que el razonamiento probatorio de la decisión judicial está siendo íntegramente puesto a prueba, especialmente en lo relativo a los criterios de suficiencia. La discusión parece hoy estar virando desde la epistemología a la moral. Pero lo cierto es que, en todo caso, no parece poder afirmarse todavía que *haya prueba suficiente*.

⁴⁷ Distintas propuestas en esta orientación, y con diversos matices, en Bayón Mohino (2009); Stein (2005).

Bibliografía

- Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora?, *Revus*, 39, 84-102.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991). Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico. En *Análisis lógico y Derecho* (pp. 303-327). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Allen, R. J. (2013). Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico. En C. E. Vázquez, *Estándares de prueba y prueba científica* (pp. 41-64). Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo: Marcial Pons.
- Allen, R. J. y Laudan, L. (2008). Deadly dilemmas, *Texas Tech Law Review*, 41, 65-92.
- Anderson, T., Twining, W. y Schum, D. A. (2005 [1991]). *Analysis of evidence*. New York: Cambridge University Press.
- Andrés Ibáñez, P. (1990). El Ministerio Fiscal entre “viejo” y “nuevo” proceso. En P. Andrés Ibáñez, C. Conde-Pumpido Tourón, J. Fernández Entralgo, V. Pérez Mariño y L. Varela Castro, *La reforma del proceso penal*. Madrid: Tecnos.
- Andrés Ibáñez, P. (1992a). Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, *Doxa*, 12, 257-299.
- Andrés Ibáñez, P. (1992b). Ni fiscal instructor ni Habermas “procesalista” (a pesar de Vives Antón). *Jueces para la democracia*, 16-17(2-3), 43-59.
- Andrés Ibáñez, P. (1994). De nuevo sobre la motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza, *Jueces para la democracia*, 22, 87-92.
- Andrés Ibáñez, P. (1998). “Carpintería” de la sentencia penal (en materia de “hechos”), *Revista del poder judicial*, 49, 393-428.
- Andrés Ibáñez, P. (2003). Sobre prueba y proceso penal, *Discusiones*, 3, 55-66.
- Asencio Mellado, J. M. (1989). *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid: Trivium.
- Batia, G. y Pizzo, A. (2011). La tutela dell’ imputato - Saggio storico - concettuale, *Diritto.it*.

- Bayón Mohino, J. C. (2008, 2009). Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano, *Analisi e diritto*, 15-34.
- Bouzat, A. y Cantaro, A. S. (2003). Verdad y prueba en el proceso acusatorio, *Discusiones*, 3, 67-79.
- Briseño Sierra, H. (1995). *Derecho procesal*. México, D.F: Harla.
- Canale, D. (2013). *Il ragionamento giuridico*. En G. Pino, A. Schiavello e V. Villa, *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo (Estratto)* (pp. 195-230). Torino: Giappichelli.
- Caracciolo, R. (2000). El problema de los hechos en la justificación de las sentencias. *Inédito*, presentado en el II Seminario de Teoría y Filosofía del Derecho, Sierra de la Ventana. Posteriormente publicado en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 38, 13-34, 2013.
- Caracciolo, R. A. (2009). Justificación normativa y pertenencia. En R. A. Caracciolo, *El derecho desde la filosofía: ensayos* (pp.37-69). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cohen, J. L. (1985). Twelve Questions about Keynes's Concept of Weight, *British Journal for the Philosophy of Science*, 37, 263-278.
- Cohen, L. J. (1977). *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon Press.
- Cohen, L. J. (1998 [1989]). *Introduzione alla Filosofia dell'induzione e della probabilità*. Milano: Giuffrè.
- Comanducci, P. (1992). *Assaggi di metaetica*. Turín: Giappichelli.
- Couture, E. J. (1949). Las reglas de la sana crítica. En E. J. Couture, *Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo II*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Couture, E. J. (1958). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma.
- Damaška, M. R. (1986). *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*. London: New Haven.
- Damaška, M. R. (2003). *Il Diritto delle prove alla deriva*. Bologna: il Mulino.
- De Cataldo Neuburguer, L. (2000). *Esame e controesame nel processo penale*. Padova: CEDAM.
- De Finetti, B. (1993 [1973]). Bayesianesimo: il suo ruolo unificante per i fondamenti e le applicazioni della statistica. En P. Monari e D. Cocchi, *Probabilità e induzione* (pp. 205-228). Bologna: Cooperativa Libreria Universitaria Editrice Bologna.

- Elias, N., y Panzieri, G. (1988). *Coinvolgimento e distacco: saggi di sociologia della conoscenza*. Bologna: Il Mulino.
- Engel, C. (2009). A behavioral perspective on a conflict between american and continental european law, *Vermont Law Review*, 33, 435-467.
- Fernández López, M. (2005). *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. Valladolid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2005). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrer Beltrán, J. (2001). Está probado que p. En L. Triolo (ed.), *Prassi giuridica e controllo de razionalità* (pp. 73-96). Torino: Giapichelli.
- Ferrer Beltrán, J. (2002). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2010). *Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia*. Girona: Universitat de Girona.
- Ferrer Beltrán, J. (2012). *La valutazione razionale della prova*. Milano: Giuffrè.
- Ferrer Beltrán, J. y González Lagier, D. (2003). Introducción, *Discusiones*, 3, 7-13.
- Ferrua, P. (1995). Contradittorio e verità nel processo penale. En M. Bessone y R. Guastini R. (eds.), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico* (pp. 337-390). Padova: CEDAM.
- Ferrua, P. (2000). Processo penale e verità, *Democrazia e diritto*, 2, 207-221.
- Ferrua, P. (2007). Il giudizio penale: fatto e valore giuridico. En P. Ferrua, F. M. Grifanitini, G. Illuminati e R. Orlandi, *La prova nel dibattito penale* (pp. 317-410). Torino: G. Giappichelli.
- Fiss, O. M. (1982). The Social and Political Foundations of Adjudication, *Law and Human Behavior*, 6(2), 121-128.
- Garbolino, P. (1997). *I Fatti e le opinioni: la moderna arte della congettura*. Roma: Laterza.
- Gascón Abellán, M. (1999). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

- Gascón Abellán, M. (2003). Concepciones de la prueba. Observación a propósito de Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo, *Discusiones*, 3, 43-54.
- Gascón Abellán, M. (2004). *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*, 2da ed. Madrid- Barcelona: Marcial Pons.
- González Lagier, D. (2000). Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial. *Analisi e Diritto*, 69-87.
- González Lagier, D. (2003a). Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) I, *Jueces para la democracia*, 46, 17-26.
- González Lagier, D. (2003b). Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) II, *Jueces para la democracia*, 47, 35-50.
- González Lagier, D. (2005). *Quaestio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá: Palestra-Temis.
- González Lagier, D. (2007). Hechos y conceptos, *Dialnet: cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 15.
- Guastini, R. (2011). *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè.
- Harman, G. H. (1965). The inference to the Best Explanation, *The Philosophical Review*, 74, 88-95.
- Hempel, C. G. (2005 [1965]) *La explicación científica: estudios sobre la filosofía de la ciencia*, Barcelona: Paidós.
- Igartua Salaverría, J. (1991). La motivación de las sentencias en la jurisprudencia del TC, *Revista Vasca de Administración Pública*, 31, 143-157.
- Igartua Salaverría, J. (1993a). Conceptos indeterminados y hechos del Derecho, *Revista Vasca de Administración Pública*, 36, 263-280.
- Igartua Salaverría, J. (1993b). Una interpretación funcional de la “libre valoración” de las pruebas penales, *Jueces para la democracia*, 18, 44-52.
- Igartua Salaverría, J. (1994). *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Laudan, L. (2003). Is reasonable doubt reasonable?, *Legal Theory*, 9, 295-331.
- Laudan, L. (2005). The Presumption of Innocence: Material or Probatory?, *Legal Theory*, 11, 333-361.

- Laudan, L. (2011). The Rules of Trial, Political Morality, and the Costs of Error: Or, Is proof Beyond a Reasonable Doubt Doing More Harm than Good?. En L. Green and B. Leiter, *Oxford studies in philosophy of law, 1* (pp. 195-227). Oxford: Oxford University Press.
- Laudan, L. y Allen, R. J. (2010). Deadly Dilemmas II: Bail and crime, *Chicago Kent Law Review*, 85, 23-42.
- Lindley, D. V. (1971). *Making decision*. London: Wiley Interscience.
- Lluch, X. A. (2012). La dosis de prueba: entre el *common law* y el *civil law*, *Doxa, cuadernos de filosofía del derecho*, 35, 173-200.
- Maier, J. B. (2004). *Derecho Procesal Penal: Fundamentos, 1*, Buenos Aires: del Puerto.
- Mazzarese, T. (1996). *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino: Giappichelli
- Mazzoni,(2003). *Si può credere a un testimone? La testimonianza e le trappole della memoria*. Bologna: Il Mulino.
- Orce, G. (1998) ¿Otra vez acerca de la verdad en el proceso penal? Análisis de un dudoso traslado epistemológico. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 4(8a), 261-275.
- Pardo, M. S. (2013). Estándares de prueba y teoría de la prueba. En C. E. Vázquez, *Estándares de prueba y prueba científica* (pp. 99-118). Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo: Marcial Pons.
- Pardo, M. S. y Allen, R. J. (2008). Juridical proof and the best explanation, *Law and Philosophy*, 27(3), 223-268.
- Paulesu, P. P. (2009). *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, 30. Torino: G. Giappichelli.
- Pérez Barberá, G. (2007). Casación penal y posibilidad de control. Alcance del fallo "Casal" y del método alemán invocado por la Corte, *Pensamiento Penal y Criminológico: revista de Derecho Penal integrado*, 11.
- Pérez Barberá, G. y Bouvier, H. G. (2004). Casación, lógica y valoración de la prueba: Un análisis de la argumentación sobre los hechos en las sentencias de los tribunales casatorios, *Pensamiento Penal y Criminológico: revista de Derecho Penal integrado*, 9.
- Rawls, J. (1993). *Teoría de la Justicia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

- Redondo, M. C. (2012). Argumentación auténtica y argumentación estratégica, *Revista Brasileira de Filosofia*, 238(1).
- Rescher, N. (1999). *Razón y valores en la era científico-tecnológica*. Barcelona: Paidós.
- Ruiz Vadillo, E. (1995). *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Granada: Comares.
- Sáez Jiménez, J. y López Fernández de Gamboa, E. (1968), *Compendio de derecho procesal civil y penal*, tomo IV, volumen II. Madrid: Santillana.
- Sánchez Brígido, R. y Seleme, H. O. (2001-2002). Justificación sin verdad, *Analisi e diritto*, 285-294.
- Schauer, F. (2008). *Di ogni erba un fascio: generalizzazioni, profili, stereotipi nel mondo della giustizia*, Bologna: Il Mulino.
- Schum, D. A. (1994). *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*. New York: Wiley-Interscience.
- Stein, A. (2005). *Foundations of evidence law*. Oxford - New York: Oxford University Press.
- Taruffo, M. (1975). *La motivazione della sentenza civile*. Padua: Cedam.
- Taruffo, M. (1990). Modelli di prova e di procedimento probatorio. *Rivista di Diritto Processuale*, 45(2), 420-447.
- Taruffo, M. (1992). *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*. Milano: Giuffrè.
- Taruffo, M. (1993). Note sulla verità dei fatti nel processo civile. En L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo* (pp. 340-382). Torino: Giappichelli.
- Taruffo, M. (1994). Involvement and Detachment in the Presentation of Evidence. En W. Krawietz, N. MacCormick y G. H. Von Wright, *Perspective Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. Festschrift for Robert S. Summers* (pp. 385-400). Berlin: Duncker & Humboldt.
- Taruffo, M. (2002a). *La prueba de los hechos* (J. Ferrer Beltrán, Trad.). Madrid: Trotta.
- Taruffo, M. (2002b). *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino.
- Taruffo, M. (2003a). Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, *Discusiones*, 3, 15-41.

- Taruffo, M. (2003b). Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba, *Discusiones*, 3, 2003, 81-97.
- Taruffo, M. (2009). *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza.
- Taruffo, M. (2010). Consideraciones sobre prueba y motivación. En M. Taruffo, P. Andrés Ibáñez y A. Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial* (pp. 17-46). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Taruffo, M., Andrés Ibáñez, P. y Candau Pérez, A. (2010). *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Tillers, P., Green, E. D. y Mura, A. (2003). *L'Inferenza probabilistica nel diritto delle prove: usi e limiti del bayesianesimo*. Milano: Giuffrè.
- Ubertis, G. (1979). *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*. Milano: Giuffrè.
- Ubertis, G. (1992). La ricerca della verità giudiziale. En G. Ubertis (ed.), *La conoscenza del fatto nel processo penale* (pp. 1-38). Milán: Giuffrè.
- Ubertis, G. (1995). *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*. Turín: UTET.
- Vargas, A. L. (2009). Cargas probatorias dinámicas, sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos, *Activismo y garantismo procesal: Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Cs.Sociales de Córdoba*, XL(7).
- Wigmore, J.H. (1998[1913]). *The principles of judicial proof, as given by logic, psychology, and general experience, and illustrated in judicial trials*. Littleton: F. B. Rothman.
- Wróblewski, J. (1967). Il modello teorico dell'applicazione della legge, *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 46, 10-30.
- Wróblewski, J. (1989). *Sentido y Hecho en el derecho*. San Sebastián: Universidad del País Vasco.

