

VERDAD Y PROCESO

VERDAD Y FUNCIÓN DEL PROCESO

La administración de la justicia es un área del sistema jurídico en la cual se plantea con una mayor y más dramática evidencia el problema de la verdad y sus conexiones con el derecho. Ocurre en todo tipo de proceso, ya sea civil, penal, administrativo o incluso constitucional, que la decisión involucra la averiguación de los hechos que son relevantes para la aplicación del derecho. Es más, en muchos casos, el verdadero y esencial problema que el juez debe resolver concierne —mucho más que la interpretación de la norma que tiene que aplicar como regla de decisión— a los hechos que determinaron el objeto del litigio¹ para los que la norma tiene que ser aplicada. Esta relevancia de los hechos hay que definirla, sin embargo, de manera más específica, en estos términos: en el proceso, los hechos determinan la interpretación y la aplicación del derecho, ya que la averiguación de la verdad de los hechos es condición necesaria para la justicia de la decisión. Esta afirmación parece fundada, simplemente si se tiene en cuenta que ninguna decisión puede considerarse justa si se basa en una averiguación falsa o errónea de los hechos relevantes: la aplicación correcta de la norma de derecho presupone que haya ocurrido el hecho indicado en la prótasis (o en el frástico) de la norma (la *abstrakte Tabestand* de la doctrina alemana), y que la misma norma identifique como condición necesaria para que se den, en el caso específico, los efectos jurídicos que la misma disciplina. Si, en el caso específico, el hecho (la *konkrete Tabestand*) que corresponde a la circunstancia prevista por la norma como condición no ha pasado, aquélla —de todas formas, interpretada— no puede ser correctamente aplicada como regla de decisión para el caso. Como se suele decir, ninguna norma se aplica correctamente a hechos falsos o equivocados.

¹ Se manejan aquí los términos "litigio" y "controversia" de manera equivalente; en italiano sólo se usa la palabra *controversia*.

Naturalmente, la averiguación de la verdad de los hechos que han ocurrido en el caso concreto constituye sólo una de las condiciones de justicia de la decisión, que para ser justa presupone también que se haya desarrollado de manera correcta y legítima el proceso del que constituye el resultado final y, obviamente, también que sea interpretada correctamente la norma que el juez utiliza como regla de juicio. Entonces, se trata de una condición de por sí no suficiente, pero de todos modos necesaria para la justicia de la decisión: que los hechos no sean establecidos de manera verdadera, basta para que la decisión sea injusta, aunque el proceso se haya desarrollado correctamente y la norma de derecho haya sido interpretada válidamente. Por así decirlo, ninguna de las tres condiciones indicadas es suficiente para determinar la justicia de la decisión, mientras que tales condiciones son, en su conjunto, necesarias para que la decisión sea justa.

Si se admite que esta concepción de la decisión judicial tiene fundamento, entonces son, por varias razones, inaceptables las distintas teorías que, de manera más o menos directa, llevan a negar o a excluir que en el proceso judicial se tenga o se pueda comprobar la verdad de los hechos. Estas teorías son bastante numerosas y no pueden ser discutidas todas en este trabajo de modo completo y detallado, pero puede ser útil dar alguna sintética indicación, al menos para tener una idea del panorama teórico en el cual hay que colocar el discurso que se desarrolla en estas páginas.

Antes que nada, hay que recordar las diferentes concepciones filosóficas —del idealismo al irracionalismo de los tipos más variados— que excluyen en línea de principio la posibilidad de un conocimiento efectivo de la realidad externa al sujeto. Al respecto, en las últimas décadas han sido particularmente influyentes las corrientes del posmodernismo que han criticado en general la posibilidad de hablar sensatamente de la verdad y las doctrinas del relativismo radical —por ejemplo, la de Richard Rorty— según las cuales cada quien tiene su verdad, nadie se equivoca, y por lo tanto no tiene sentido hablar de verdad o de error. Es evidente que si se adopta una de estas concepciones en el ámbito de la filosofía general, queda sin sentido cualquier discurso que se pueda hacer acerca de la verdad en el ámbito de la impartición de justicia.

Desde otro punto de vista, hay que mencionar, luego, las concepciones según las cuales el proceso estaría orientado solamente a resolver controversias y —ya que una controversia se puede resolver también por medio de una decisión injusta, ilegal o fundada en una averiguación equivocada o falsa de los hechos objeto de juicio— de eso se deriva que la averiguación de la verdad no pueda situarse entre las finalidades que el proceso tendría que conseguir. Una versión en cierto sentido extrema de esta concepción es la que afirma que el proceso no debería apuntar al descubrimiento de la verdad porque, aunque fuera posible, no le interesaría a nadie e implicaría costos inútiles y pérdida de tiempo.

Además, son bastantes numerosas las opiniones según las cuales el proceso no podría alcanzar la comprobación de la verdad —aunque esto fuese teóricamente posible— debido a las normas que regulan su funcionamiento y que, en diferentes modos, pueden limitar la adquisición de las fuentes del conocimiento (las pruebas) que harían falta para descubrir la verdad de los hechos.

Finalmente, hay que recordar también aquellos enfoques que no se ocupan directamente del problema de la averiguación de la verdad de los hechos, ya que no tienen en cuenta el contenido ni la calidad de la decisión que finaliza el proceso. Se trata de perspectivas teóricas de diferentes tipos que, sin embargo, tienen en común la característica de centrar su atención exclusivamente en la función legitimadora que desarrolla el rito (o el teatro) procesual. El núcleo central de estas concepciones está constituido por la idea de que la aceptación social de las decisiones judiciales es condicionada —esencial o solamente— por los aspectos rituales del proceso, los cuales enviarían a la sociedad mensajes positivos acerca de la posibilidad de que la justicia de verdad se imparta en los tribunales. En estas perspectivas, la eventualidad de que la decisión se base en una averiguación verdadera o falsa de los hechos de la causa es totalmente irrelevante, así como es irrelevante cualquier otro elemento de contenido de la decisión.

Como se desprende de estas rápidas referencias, los *veriphobics* (o enemigos de la verdad) son muchos y de clases distintas, sobre todo en lo que se refiere a las formas de concebir el proceso

y sus funciones, mas la situación no tiene que parecer impresionante. Finalmente, es mucho más fácil o *à la page* compartir alguna forma de escepticismo más o menos justificado que encarar directamente el problema de la justicia de las decisiones judiciales. Esto, sin embargo, es justamente el elemento que permite formular una crítica global a las concepciones que se acaban de mencionar: si a ellas no les interesa el problema del fundamento factual de la decisión judicial, o niegan que este problema tenga sentido y pueda ser afrontado tanto en el plano filosófico general como en el de las concepciones de la justicia y del proceso, entonces se puede decir que no tienen ningún interés para quienes se ocupan del problema de cómo se pueden resolver los litigios por medio de decisiones justas.

HECHOS Y ENUNCIADOS

Una vez que se han realizado estas premisas necesarias, es oportuno esclarecer algunos aspectos del problema de la verdad de los hechos en el proceso. El primer aspecto concierne a la individuación del elemento del que se tendría que establecer la veracidad en el ámbito del proceso. Comúnmente, se dice que este problema atañe a los hechos y no a las normas, entonces, se trata de fijar qué son los hechos de los que se habla. Al respecto, una observación obvia, pero importante, es que normalmente (con excepción de poquísimos casos no importantes) los hechos no entran en el proceso en su materialidad empírica, así que ninguno de los sujetos que participan en el proceso, especialmente el juez, los puede percibir directamente. La razón banal de esto es que normalmente los hechos que se tratan de averiguar habían sucedido antes del proceso (a menudo, mucho tiempo antes) y, de todos modos, ocurrieron fuera del contexto procesal. En el proceso los hechos entran como enunciados o conjuntos de enunciados que describen las circunstancias que se dieron en el pasado y que son relevantes para la solución del litigio. No se trata, por tanto, de relacionarse con acontecimientos empíricos o sucesos acaecidos en la realidad

material, sino con productos lingüísticos que se ocupan de estos acontecimientos. Por consiguiente, hablar de verdad de los hechos en el ámbito del proceso significa hablar de verdad —o de falsedad— de los enunciados o de los conjuntos de enunciados que describen los hechos relevantes para la decisión.

Al respecto, es útil destacar que normalmente el problema de la averiguación de la verdad se refiere a dos conjuntos de hechos: antes que nada, los que resulten ser jurídicamente relevantes, puesto que tanto entran en el caso abstracto definido por la norma que se utiliza como regla para la decisión en derecho de la controversia, y, además, los hechos lógicamente relevantes (indicios, fuentes de presunción simple) que entran en el proceso, puesto que pueden representar la premisa de inferencias lógicas dirigidas a confirmar la verdad o la falsedad de los enunciados relativos a los hechos jurídicamente relevantes.

El problema de la verdad tiene que ver con todos los hechos que resulten ser jurídica o lógicamente relevantes. Ello se plantea sin duda con respecto a los hechos jurídicamente relevantes, ya que, como se mencionó, de la averiguación de la verdad de los enunciados depende la posibilidad de aplicar válidamente la norma que determina la decisión y, por ende, la justicia de ésta. Sin embargo, también los enunciados que describen hechos lógicamente relevantes tienen que ser comprobados como verdaderos, ya que, de no serlo, no podrían constituir premisas cognoscitivamente válidas para la formulación de inferencias relativas a la verdad o a la falsedad de un enunciado concerniente a un hecho jurídicamente relevante.

Todo ello equivale a decir, en el ámbito del proceso, que el juez tiene que fundamentar la decisión en una reconstrucción verídica de todos los hechos relevantes de la causa, obviamente, con base en una evaluación racional de las pruebas en su poder para llegar al conocimiento de estos hechos.

NARRACIONES FACTUALES

Las descripciones de los hechos que son destacados y tienen que ser comprobados en el proceso no son dadas o preconstituidas, sino que se forman, por así decirlo, en el proceso por la labor de sujetos que en éste asumen distintos papeles. Como usualmente se trata de conjuntos ordenados de enunciados que describen las circunstancias de hechos más o menos complejos, articulados en el tiempo y en el espacio, se puede hablar de narraciones. Los sujetos que en el proceso narran hechos son distintos, y las narraciones tienen distinta naturaleza y diferentes funciones, aunque pueden concernir las mismas circunstancias de hecho. Por ejemplo, en el proceso civil, el actor narra los hechos en los cuales se funda el derecho del que pide reconocimiento. Esta narración tiene la característica de no ser, en sí, otra cosa que una hipótesis: quien la formula, naturalmente, la presenta como si fuera verdad (se podría decir que tiene una pretensión de veracidad), pero si ella es realmente verdadera o falsa lo averiguará el juez con la sentencia que finaliza el proceso. Lo mismo se puede decir de la narración de los hechos que rinde el comparente, en la medida en que ella es diferente de la del actor. En el proceso penal, las mismas consideraciones valen para las narraciones efectuadas por el órgano de la acusación y por el defensor del imputado. Otras narraciones son realizadas por los testigos, quienes cuentan los hechos de los que tienen conocimiento. También estas narraciones tienen una pretensión de veracidad, reforzada, de alguna manera, por el hecho de que el testigo tiene la obligación de decir la verdad y es sancionado penalmente si dice mentiras, pero sus declaraciones pueden no corresponder con la verdad y, por lo tanto, también éstas son hipotéticas, y sólo la sentencia final dirá si eran verdaderas o falsas. Finalmente, también el juez, en la sentencia que finaliza el proceso, narra los hechos sobre los cuales motiva la decisión, pero esta narración tiene una característica fundamental que la distingue de las formuladas por los demás sujetos: la narración del juez debe ser verdadera, pues él tiene la obligación de aplicar correctamente la ley en el caso concreto y, como se dijo, para que una norma sea

aplicada válidamente como regla de juicio hace falta que haya sido averiguada la verdad de los hechos que aquélla prevé como condición para la producción de determinadas consecuencias jurídicas. Entonces, la narración del juez no tiene sólo una pretensión de veracidad y no es simplemente hipotética: él tiene que decidir con base en las pruebas que han sido adquiridas durante el proceso y, por lo tanto, tiene que narrar en la sentencia los hechos que ha conocido por medio de las pruebas. Puede que la narración del juez coincida del todo o en algo con la que propuso una de las partes o un testigo, pero de todas maneras queda diferente justamente por su carácter de hipótesis verificada con base en los elementos de conocimiento que el juez ha podido utilizar.

Decir, como se ha indicado, que las narraciones de los hechos no preexisten al proceso, significa que los sujetos que narran los hechos, en realidad, construyen sus narraciones: éstas, entonces, son el fruto de actividades, en cierto sentido, creativas, expresadas por los sujetos que las elaboran. Así, por ejemplo, el abogado del actor en el proceso civil selecciona y organiza en un orden narrativo los hechos que sirven para que la petición propuesta al juez parezca fundada, y el ministerio público selecciona y organiza los hechos que sirven para que la acusación parezca fundada. De la misma manera, los defensores del comparente en el proceso civil y del imputado en el proceso penal elaboran narraciones de los hechos que logren que aparezcan infundadas la petición y la acusación. A su vez, el testigo, al contestar a las preguntas que se le dirigen (eventualmente incluso en el contrainterrogatorio), o al contar libremente los hechos de los que se dice conocedor, vuelve a elaborar, seleccionar y organizar sus recuerdos de tal modo que provee una narración posiblemente coherente. En fin, el juez construye su narración de los hechos, teniendo en cuenta cuáles circunstancias resultan probadas y cuáles no, seleccionando y organizando los que puede considerar como comprobados en una descripción posiblemente coherente, o bien —si las pruebas no han arrojado los resultados suficientes— afirmando que no es posible construir una narración verdadera de los hechos de la causa. Entonces, cada uno de los sujetos que participan en el proceso construye su

narración de los hechos, de una manera sustancialmente no distinta de la que cualquier narrador utiliza para componer una historia que se presenta como coherente, creíble y narrativamente buena.

NARRACIONES BUENAS Y NARRACIONES VERDADERAS

Las teorías de la narración, especialmente aquellas que fueron propuestas incluso en años recientes por autores como Jerome Bruner, son muy útiles para comprender cuáles son las modalidades y los instrumentos con los que se elaboran y se construyen las narraciones. Son muy interesantes también para entender cuáles son las características de una narración que se considera buena, visto que aparece como creíble, persuasiva, interesante o coherente. En especial, muestran cómo una narración es más persuasiva y narrativamente eficaz mientras más se funde en estereotipos, modelos de hechos y de acontecimientos, tramas e historias típicas (*scripts*) que existen en el bagaje cultural de los sujetos que son los destinatarios —el público— de las narraciones. En otras palabras: lo que parece más familiar o más normal es lo que hace de una narración una buena narración. En gran medida, lo que las teorías narrativas dicen en torno a las narraciones en general vale también para las que son elaboradas en el contexto del proceso: las narraciones procesales, en efecto, son más o menos buenas desde el punto de vista narrativo según sean coherentes, bien organizadas, bien contadas y correspondan a criterios de normalidad, ya sea por lo que se dice de las personas y de sus comportamientos o por lo concerniente a la descripción de sucesos más complejos que se desarrollaron en el tiempo y en el espacio.

Estas teorías tienen, sin embargo, un rasgo relevante que consiste en el hecho de que se ocupan exclusivamente de la narración como tal y, precisamente, de los requisitos que deben subsistir con el fin de que una historia pueda considerarse narrativamente buena. En particular, no tratan la eventualidad de que la narración describa acontecimientos que se suponen ocurridos en el mundo real. Por así decirlo, el mundo real no cuenta para el verdadero narrador, y se podría hasta decir que para él el mundo real podría no existir

porque, de hecho, toma en consideración solamente las narraciones y sus características, y no se interesa en cualquier otra cosa que se ubique fuera de la narración. De acuerdo con estas premisas, sería hasta impropio hablar de narraciones que describen hechos, ya que el concepto mismo de “descripción” presupone que más allá del enunciado hay algo que es descrito —parafraseando a Frege (1892, 25-6), no existiría solamente el *Sinn*, sino también la *Bedeutung*, y ésta encontraría correspondencia en una cosa o acontecimiento real externo al enunciado—. En realidad, según estas teorías, la narración siempre habla de hechos, de personas y de sucesos, pero no da descripciones de éstos porque lo que no cuenta, de ninguna manera, es justamente si estos hechos, personas o sucesos existieron o si fueron fruto de la imaginación del autor de la narración. Se comprende, por tanto, que en esta perspectiva no hay alguna diferencia entre narraciones que se presentan como descriptivas y narraciones que no tienen alguna pretensión de describir algo, como pasa, por ejemplo, en una novela, en un cuento o en cualquier obra literaria.

NARRACIONES PROCESALES

Como se ha comentado, en el proceso distintos sujetos construyen narraciones y, de vez en cuando, puede suceder que un individuo cambie del todo o en parte su narración de los hechos si descubre que una descripción hipotética de éstos no es confirmada, y la sustituye con una diferente. Desde este punto de vista, el proceso puede ser interpretado como un juego complejo de narraciones que culmina solamente con la decisión final formulada por el juez. Sin embargo, el proceso no se puede comparar con un certamen literario en el que se trata de asignar el premio final a la mejor narración. Como se mencionó, la decisión que finaliza el proceso puede considerarse como justa si y sólo si se basa en una reconstrucción verdadera de los hechos de la causa, y es básicamente esto lo que distingue el proceso entendido como juego dialéctico de narraciones de un concurso literario.

Para este propósito, sin embargo, surge un problema ulterior, que tiene que ver con la naturaleza de la verdad que se tendría que aceptar en el proceso. Al respecto, aquellos que aplican las teorías narrativas al contexto del proceso no niegan, a veces, que el juez tenga que establecer la verdad de los hechos, pero adoptan una concepción de la verdad que se funda en estas teorías. Se trata, en lo sustancial, de la concepción por la cual la verdad de una narración estaría determinada exclusivamente por su coherencia narrativa: si es narrativamente coherente, entonces puede considerarse como verdadera. En esta perspectiva, además, no se sale de la idea de que existan sólo las narraciones y nada más, puesto que la verdad de la narración es buscada, por así decirlo, en el interior de la narración misma. En otras palabras, eso equivale a afirmar que si una narración es buena porque presenta los requisitos de coherencia y correspondencia a lo “normal” y a los estereotipos del sentido común de los que se ha hablado anteriormente, entonces es verdadera. Bondad y verdad de la narración, por tanto, son coincidentes.

Se trata, sin embargo, de una concepción simplista, unilateral y sustancialmente inatendible, básicamente por una razón fundamental: existen narraciones buenas que, sin embargo, son descriptivamente falsas. Es más: existen numerosísimas narraciones buenas que ni siquiera pretenden ser verdaderas, dado que se presentan abiertamente como obras literarias. Parece evidente que el hecho de que una novela sea narrativamente coherente no demuestra para nada que sea, por este motivo, una descripción real de los hechos que relata: una buena novela no pretende ser verdadera, pretende sólo ser una buena narración.

Estas observaciones son tan obvias que no hay necesidad de insistir más detenidamente en ellas, pero hay que destacar aquí un punto de gran importancia: las concepciones radicalmente narrativas o defensoras de la coherencia no tienen nada que ver con lo que pasa en el proceso. En éste, importa establecer si sucedió en la realidad del mundo exterior que fulano mató a perengano, si de verdad ocurrió un accidente de tránsito en el que fulano provocó daños al vehículo de perengano, si fulano y perengano concluyeron un

contrato de compraventa de una cosa particular, etcétera. En otros términos, en el proceso se cumple una implícita o explícita opción metafísica realista en función de la cual se admite la existencia de la realidad externa a las narraciones y a los sujetos que las construyen, y los hechos que interesan para fines de la decisión son aquellos que empírica e históricamente están en esta realidad externa. Una condena se justifica sólo si de verdad el condenado cometió el hecho que se le imputa, no si alguien construyó una buena narración al respecto independientemente de si aquél es realmente culpable. Por así decirlo, al proceso concierne lo que acaeció en la realidad histórica del mundo exterior, ya que es a esta realidad que la ley asocia las consecuencias previstas en el ordenamiento, en las que el juez se basa para pronunciar su decisión en el caso concreto.

Eso implica que la concepción de la verdad como mera coherencia narrativa no tenga espacio ni valor en el contexto del proceso. Éste no puede prescindir de un fundamento hecho de una concepción realista de la verdad como correspondencia de la descripción de los hechos con su realidad efectiva. Con base en esta concepción —no nueva en la historia de la filosofía y también muy debatida, pero imprescindible en el contexto procesal— un enunciado o un conjunto de enunciados que describen uno o más hechos son verdaderos si realmente sucedieron, y son falsos si no se dieron en el mundo de la realidad externa.

Si, como se dijo, el problema de la verdad de los hechos relevantes para la decisión se plantea sobre todo para la reconstrucción de hechos que el juez realiza en la decisión, todo ello implica que el juez debe construir una narración de aquellos hechos que resulte verdadera, en cuanto correspondiente a la realidad empírica de los acontecimientos de los que se habla. Esto no excluye obviamente que la narración construida por el juez sea incluso narrativamente buena, pero eso no es suficiente, y ni siquiera necesario, desde el punto de vista de la verdad de aquélla. No es suficiente porque, como se dijo, una buena narración puede ser descriptivamente falsa, mientras que la narración del juez tiene que ser descriptivamente buena. No es necesario porque puede pasar que

los resultados que estriban en las pruebas adquiridas en el proceso no permitan alcanzar una descripción narrativamente buena —por ejemplo, porque faltó la demostración de algún hecho relevante, o bien, los hechos que están comprobados no se componen en una narración coherente—. En este caso, la tarea del juez no es construir a toda costa una narración buena, dejando a un lado lo que emerja o no de las pruebas, y entonces eventualmente inventando hechos que no hayan sido demostrados pero que serían necesarios para la completitud y la coherencia de una buena narración, sino elaborar una descripción verdadera de lo que averiguó, aunque ello implique una mala calidad narrativa.

Con base en lo anterior, la narración de los hechos que en la decisión final es construida por el juez no es, de manera necesaria, narrativamente verdadera (porque no es necesariamente buena), pero tiene que ser epistémicamente verdadera, en el sentido de que tiene que basarse en el conocimiento que el juez adquirió —mediante las pruebas— acerca de los hechos de la causa. En otras palabras, los enunciados que componen la narración del juez tienen que ser todos epistémicamente verdaderos, en cuanto confirmados por las pruebas que el juez tiene en su poder.

Parece evidente, entonces, que el proceso, además de ser un juego de narraciones, es sobre todo una compleja actividad epistémica dirigida a conseguir la verdad de los enunciados relativos a los hechos relevantes de la causa. En la misma perspectiva, se puede decir que las pruebas que son adquiridas en el proceso —especialmente las narraciones provistas por los testigos— son instrumentos epistémicos (no discursos o artificios retóricos) justamente porque es mediante éstas que el juez adquiere la información y las bases cognoscitivas en función de las cuales podrá alcanzar una reconstrucción verdadera de los hechos de la causa.

Entonces, al ser, esencialmente, una actividad de tipo epistémico, al proceso se le pueden aplicar los principios generales de racionalidad del método cognoscitivo que son elaborados en el ámbito de la epistemología general.

Sustancialmente, se puede decir que la perspectiva que se esboza en este trabajo configura el proceso como un complicado procedimiento orientado a lograr el conocimiento de los hechos

tal como se han dado en el mundo real, mientras que las teorías narrativas radicales tienden a reducir la impartición de la justicia a un juego de palabras.

RASGOS DE LA VERDAD PROCESAL

Ya que se estableció que la verdad que interesa en el proceso no deriva de la coherencia de las narraciones sino de su correspondencia con la realidad de los hechos y de los acontecimientos que éstas describen, quizá sea oportuno agregar unas observaciones sintéticas —que no pretenden agotar en pocas palabras el problema de la verdad en un plano filosófico— con el fin de precisar el significado que la verdad tiene en el contexto del proceso.

Antes que nada, hay que subrayar que en este contexto no se habla nunca de verdades absolutas, pese a que a veces parece que se hacen referencia a éstas —implícita o explícitamente— quienes niegan que en el ámbito del proceso se pueda comprobar la verdad de los hechos. De verdades absolutas hablan todavía unas pocas teorías metafísicas y algunas religiones fundamentalistas, y no se habla de ellas ni siquiera en el ámbito de las teorías de la ciencia, por lo cual mucho menos se podría hablar de ellas en el proceso, así como no se puede hablar de ellas sensatamente en la experiencia cotidiana de quienes deben tomar decisiones basándose en la averiguación de la verdad de unos hechos determinados. Entonces, tiene sentido hablar solamente de verdades relativas, pero el significado de este calificativo tiene que especificarse ulteriormente. Por un lado, la verdad que se puede obtener en el proceso es relativa justamente porque no puede ser absoluta, ya que no coincide nunca exactamente con la verdad alética o categórica. En el proceso, la verdad alética representa un valor regulativo y constituye, como se suele decir, el norte: un punto de referencia que no puede ser alcanzado nunca, pero sirve para indicar la dirección hacia la cual hay que orientar los procedimientos cognoscitivos que concretamente se ponen en práctica. Desde este punto de vista, la verdad que se puede obtener en el proceso representa en

realidad una aproximación a la que se podría considerar como la correspondencia perfecta de los enunciados con los hechos reales que describen. Por otro lado, esta verdad es relativa, y entonces el grado de la aproximación es mayor o menor, según la calidad y la cantidad de la información en la que se funda el conocimiento de los hechos. En el contexto específico del proceso, eso significa que el grado de aproximación en la averiguación de la correspondencia de los enunciados con los hechos materiales que describen está relacionado con la calidad y la cantidad de las informaciones en las cuales se basa la reconstrucción de los hechos llevada a cabo por el juez, y es cada vez mejor mientras más pruebas relevantes se vayan aportando en el proceso con referencia a todas las que pueden ser útiles para la averiguación de la verdad de los hechos. Otra vez la epistemología general indica que la verdad, tanto en el proceso como en la ciencia, depende de un uso correcto y racional de los conocimientos disponibles en cada una de las circunstancias concretas.

Entendida en este sentido la relatividad de la verdad, de ella queda excluida toda referencia a las perspectivas del relativismo radical, según las cuales cada sujeto tendría su propia verdad individual con respecto a cualquier hecho, con la consecuencia de que ninguno caería nunca en un error y que las diferentes verdades individuales no serían confrontables entre sí y no serían de ninguna manera controlables o falsificables. Un razonamiento de este tipo sería asociable fácilmente con la idea de la verdad como coherencia narrativa de las varias versiones de los hechos que surgen del proceso, ya que cada autor procesal de una narración podría tener su verdad y no sería posible, de ninguna manera, establecer si una narración es descriptiva o epistémicamente verdadera o falsa. Sin embargo, parece evidente que el relativismo radical no tiene sentido, y en especial no es referible al problema de la verdad de los hechos en el proceso, puesto que en este contexto, como se dijo varias veces, no interesan las opiniones subjetivas e individuales de los distintos protagonistas de la situación procesal, sino que es interesante conocer de la manera más objetiva posible qué pasó y qué no pasó en el mundo de los acontecimientos reales.

El carácter relativo de la verdad procesal se describe a menudo haciendo referencia al concepto de probabilidad: se dice, en otras palabras, que la verdad procesal, como no puede ser absoluta, es necesariamente probable. En particular, además, se recuerda el concepto de probabilidad cuantitativa y el cálculo relacionado que se funda sobre todo en el muy notorio teorema de Bayes, con el fin de atribuir valores numéricos en porcentaje o decimales —de 0 a 100 o de 0 a 1— al grado de confianza que un enunciado de hecho adquiriría con base en las pruebas que le conciernen. El problema es mucho más complejo y no puede discutirse en este trabajo con la profundidad que merece, pero puedo desarrollar dos observaciones sintéticas. La primera es que, como ha sido demostrado, con excepción de unas rarísimas situaciones extraordinarias (relacionadas con el posible uso probatorio de cuantificaciones estadísticas), el cálculo de la probabilidad cuantitativa no es aplicable a la evaluación de las pruebas, entonces, no es traducible numéricamente el grado de aproximación que caracteriza la verdad procesal. La segunda observación es que con respecto a esta verdad es muy posible hablar de probabilidad, pero solamente de la probabilidad lógica, es decir, del resultado de las inferencias lógicas mediante las cuales se formulan conclusiones acerca de la confianza de los enunciados relativos a los hechos de la causa a partir de las informaciones provistas por las pruebas. En este sentido, la verdad procesal es probable en función de la cantidad y la calidad de las informaciones probatorias en las que se funda, y en función del razonamiento mediante el cual de las pruebas se obtiene la justificación de una conclusión acerca de estos enunciados.

Antes de terminar el discurso, quizá valga la pena especificar que algunas otras ideas generalizadas en torno a la naturaleza de la verdad en el ámbito del proceso son infundadas y no merecen ser consideradas.

Una de estas ideas es bastante común entre los estudiosos del proceso y consiste en opinar que en éste se puede averiguar solamente una verdad procesal o formal, mientras que la verdad real se podría comprobar sólo por fuera del proceso. La razón de esta diferencia consistiría en el hecho de que la disciplina del proceso usual-

mente contiene normas que regulan la admisión, la adquisición y, a veces, hasta la evaluación de las pruebas, mientras que fuera del proceso no existen normas de este tipo. Al respecto se puede observar que, en efecto, existen normas de esta naturaleza (muy diferentes, además, en los distintos ordenamientos procesales) y, a veces, algunas de éstas pueden limitar (aunque a veces favorecen) la búsqueda de la verdad, mas eso no implica que lo que se puede conocer dentro del proceso sea una verdad ontológicamente diferente de la que se conoce en cualquier ámbito del conocimiento extraprocesal. Incluso fuera del proceso, en efecto, en la ciencia como en cualquier ámbito del conocimiento, existen límites y condicionamientos que se oponen al descubrimiento de la pretendida “verdad real”, y es por este motivo que nadie habla de verdades absolutas (de no ser, como se dijo, en alguna metafísica o en alguna religión). Entonces, el proceso es un contexto en el que se desarrolla, como también se dijo, una actividad epistémica orientada, por así decirlo, a descubrir la misma verdad que se puede averiguar fuera del proceso, por lo cual no existe ninguna específica verdad procesal o formal. La única observación que se puede hacer a este respecto es que, a veces, hay normas procesales que limitan o hasta impiden la búsqueda de la verdad, pero éste es un problema que atañe a la (mala) calidad de unos sistemas procesales y no incide en la concepción general de la verdad que se puede (y se tendría que poder) averiguar en el ámbito del proceso.

Otra idea bastante común —entre los filósofos y también entre juristas— es que la verdad de un enunciado es determinada por el consenso que existe acerca de éste. También esta concepción merecería un discusión más extensa, pero su confiabilidad emerge fácilmente de una observación muy banal. Si se aceptara una teoría de este tipo, se habría de concluir que por muchos siglos fue verdadero que la Tierra era plana y que el Sol giraba en torno a ella, dado que —como es notorio— hasta la época de Copérnico y Galileo había un consenso general, sostenido también por la autoridad de la Iglesia, acerca de la configuración tolemaica del universo y del sistema solar. No se puede, sin embargo, mantener razonablemente que la desaparición de este consenso tras la revolución copernicana haya determinado una mutación real en la

estructura del universo y del sistema solar, los cuales, como es obvio, desde la noche de los tiempos estaban constituidos del modo que la ciencia moderna reveló y sigue revelando. Por lo tanto, el consenso —no importa de quién— no tiene que ver con la verdad epistémica de nada.

En fin, una tercera idea bastante difundida es que sería verdadero cualquier enunciado del cual se tenga certeza. Por un lado, sin embargo, esta idea es insustentable por las mismas razones —ya vistas— por las que es desconfiable la concepción del relativismo subjetivo por la cual cada uno tendría su verdad, y también por las razones —que se acaban de ver— según las cuales el consenso, incluso si es generalizado, no demuestra la veracidad de ningún enunciado: muchos millones de sujetos han estado seguros, durante mucho tiempo (y muchos probablemente siguen estando) de la veracidad de la concepción tolemaica, pero esa certidumbre no demostró su veracidad. Por otro lado, es claro que se puede estar subjetivamente seguro, por la razón que sea, de la veracidad de un enunciado que, en cambio, es evidentemente falso por no corresponder de ninguna manera con la realidad del hecho que describe. Eso depende de la circunstancia de que la certeza es, en realidad, un estatus psicológico de creencia que puede ser percibido de modo particularmente profundo, aunque no tiene nada que ver con la verdad. Muchos están profundamente convencidos de los dogmas de alguna religión o de la existencia de los milagros (o de la fidelidad del cónyuge, o de la honestidad de un líder político, o de cualquier otra cosa), pero de esta certeza subjetiva e individual, muchas veces connotada por una esencial irracionalidad, no se puede deducir ninguna conclusión acerca de la verdad de la que alguien está seguro. Por esta razón fundamental, la concepción según la cual la decisión sobre los hechos de la causa tendría que basarse en la *intime conviction* del juez o del jurado introduce en el proceso un factor de irracionalidad incontrolable, debido a lo cual se torna imposible hablar de verdad o falsedad de la reconstrucción de los hechos que sienta los cimientos de la decisión final.

La razón básica por la cual estas concepciones de la verdad han de considerarse como infundadas y han de excluirse del análisis de la

naturaleza de la verdad procesal es que todas —aunque de modos diferentes y por razones distintas— se ubican por fuera de la perspectiva epistémica, la única que permite afrontar racionalmente, alcanzando soluciones controlables y justificadas, el problema de la averiguación de la verdad de los hechos en el contexto del proceso.

VERDAD Y PROBABILIDAD EN LA PRUEBA DE LOS HECHOS

LOS ENEMIGOS DE LA VERDAD

Un primer aspecto importante del análisis que es oportuno desarrollar acerca de estos temas concierne justamente al concepto de verdad y al significado que se le puede atribuir en el ámbito del proceso. Al respecto, la primera observación que hay que hacer es que —contrariamente a lo que muchos piensan— no es obvio para nada que el concepto de verdad esté aceptado comúnmente, y es aún menos obvio que éste sea incluido entre las finalidades del proceso judicial. Al contrario, se constata fácilmente que los que llamaría “enemigos de la verdad” son muchísimos. A veces, su aversión hacia la verdad es clara y manifiesta; más frecuentemente no es expresada y queda oculta y, quizá, inconsciente, de todos modos está en la base de distintas orientaciones que parecen bastante difundidas en la cultura filosófica y en la jurídica. Justo por el elevado número y la gran variedad de estas posturas, es imposible hacer en este trabajo un listado que pretenda ser completo, y mucho menos es posible pasar a su análisis en detalle. Vale la pena referirse a algunos ejemplos que —omitiendo por imposibilidad una perspectiva histórica que sería muy interesante— pueden bastar para justificar la consideración que tiene que darse a los enemigos de la verdad.

Como la cultura jurídica no vive en un espacio vacío y separado del resto del mundo, unos ejemplos significativos se pueden sacar, antes que nada, de la cultura filosófica de los últimos años. Además de varias formas de irracionalismo que interesaron a la cultura europea del siglo xx, también a la jurídica, y que se pusieron

de moda sobre todo —pero no únicamente— en ocasión del *re-
vival* del pensamiento de Heidegger; se puede hacer referencia
en especial a las formas de escepticismo radical hacia el proble-
ma de la verdad que aflora en varios exponentes del pensamien-
to filosófico llamado posmoderno. Entre sus autores y las distintas
teorías que entran en esta tendencia, un ejemplo significativo,
también por la gran notoriedad que tuvo, es el de Richard Rorty. En
varios de sus números escritos, él no sólo refuta la posibilidad de
cualquier verdad, sino que incluso afirma que cualquier discurs-
o acerca de la verdad no es otra cosa que un sinsentido. El pen-
samiento de Rorty ha sido objeto de críticas, incluso muy duras,
mismas que demuestran la inconsistencia de sus tesis. Queda, sin
embargo, el hecho de que si se comparte —de manera más o me-
nos inconsciente— una postura como la de Rorty, entonces hay
que concluir que también hablar de la verdad en el contexto del
proceso significa hacer un discurso sin sentido. A una conclusión
análoga se debe llegar al adherirse a la tesis formulada por otro fa-
moso exponente de la posmodernidad: Jacques Derrida, según el
cual no existe ninguna realidad conocible más allá del texto. En la
cultura filosófica de los últimos años, especialmente en la que apa-
reció como más a la page, se difundió una variedad de escepticis-
mos que acabó colocando el problema de la verdad más allá de los
confines de lo que sería apropiado pensar y discutir.

Los enemigos de la verdad, como concepto dotado de sentido
en el contexto procesal, no son, sin embargo, solamente aquellos
que afrontan el problema en el plano filosófico general y que, por
tanto, —restándole razón al concepto de verdad en ese plano—
no podrían considerarlo dotado de sentido dentro de la dimensión
más específica del proceso judicial. Enemigos no menos nume-
rosos, de hecho, se encuentran también en el ámbito de los juristas
que, aun sin plantearse explícitamente —al menos en la mayoría
de los casos— el problema filosófico de la verdad, comparten po-
siciones escépticas o, de todas formas, negativas a propósito de la
hipótesis que mantiene que el descubrimiento de la verdad de los
hechos puede o debe ser considerada como una finalidad del pro-
ceso. Simplificando mucho, por razones de claridad, un panorama

de opiniones bastante variado, se podrían discernir las posturas de estos juristas en dos categorías principales: los que niegan que la verdad se pueda averiguar en el proceso y los que niegan que la verdad se tenga que buscar en el proceso.

El argumento que une a los que niegan que la verdad pueda ser averiguada en el proceso hace hincapié normalmente en la consideración de que el proceso no es un lugar de investigación científica en el que la verdad pueda investigarse indefinidamente, mientras que se caracteriza, en cambio, por limitantes de diferente naturaleza: hay, en efecto, normas que excluyen la posibilidad de valerse de ciertos tipos de pruebas, normas que prescriben procedimientos particulares para la adquisición de las pruebas, que vinculan la evaluación de las pruebas y, asimismo, que imponen finalizar el proceso y establecen —con la situación juzgada— la inmutabilidad de sus resultados. Todo ello, se dice, haría imposible la búsqueda de la verdad en torno a los hechos del juicio. Entonces —es la consecuencia que resulta— hay que renunciar a la idea de que la verdad de los hechos puede ser establecida en el proceso, y a lo mucho se podría hablar de una verdad formal o procesal que no tendría nada que ver con la verdadera que —siguiendo esta postura— se podría averiguar fuera del proceso.

Los que niegan que la verdad tenga que ser comprobada en el ámbito del proceso se basan —sin preguntarse en realidad si la verdad pueda ser comprobada— en una postura teórica (*rectius*, más precisamente: ideológica) que estriba en una premisa general relativa a la función que se le asigna al proceso. Según esta ideología, el proceso es encaminado exclusivamente a la solución del conflicto que dio lugar a la controversia. Lo que el proceso persigue es sólo un resultado de facto, es decir, la circunstancia en que las partes pongan un punto final al conflicto. En esta perspectiva, lo que se vuelve particularmente relevante es que el procedimiento que se sigue para decidir acerca de la controversia pueda legitimar la decisión que lo finaliza, induciendo a las partes a su aceptación y, por lo tanto, precisamente, a no seguir en la controversia. Esta idea se encuentra en distintos lugares de la cultura jurídico-filosófica de los últimos decenios, de la *Legitimation durch Verfahren* de

Luhmann a la *procedural justice* de Rawls, y de los experimentos de psicología social que establecieron qué tipo de procedimiento parece más adecuado para suscitar en los interesados la aceptación de la decisión que lo concluye. Por demás, sus manifestaciones más difundidas e imponentes se encuentran en las teorizaciones del *adversarial system* estadounidense, según las cuales tal sistema procesal es por definición el mejor y resuelve las controversias con satisfacción de las partes, ya que éstas tienen el monopolio de las actividades procesales y preliminares. En un ámbito cultural diferente, una postura análoga emerge en los teóricos del que definiría como “veteroliberalismo” procesal, es decir, el enfoque según el que el mejor sistema procesal sería aquel en el que el juez es sustancialmente carente de poderes y todo el proceso es remitido a la libre y autónoma iniciativa de las partes.

Aunque muy diferentes entre sí, estos enfoques tienen en común un rasgo fundamental que consiste en la más completa indiferencia acerca de la calidad y el contenido de la decisión que finaliza el proceso. Como se dijo, en efecto, ellos consideran sólo el procedimiento, no la decisión que de éste dimana. Es el proceso que —si se estructura haciendo hincapié en las partes— legitima la decisión: este proceso legitima cualquier decisión, puesto que no existen criterios autónomos —e independientes con respecto al procedimiento— con base en los cuales se pueda establecer cuándo una decisión es buena y cuándo no lo es. En una perspectiva de este tipo, la verdad de los hechos no adquiere ninguna importancia: es algo absolutamente insignificante. Es más: es algo molesto y contraproducente, por la obvia razón de que la búsqueda de la verdad requiere tiempo, recursos y actividades procesales que no vale la pena derrochar. Los teóricos más coherentes del *adversary system* lo dicen claramente: no hay que buscar la verdad porque eso haría menos eficiente el sistema de resolución de los conflictos. Las partes, se dice, no están interesadas en buscar la verdad y la verdad puede, inclusive, profundizar el conflicto en lugar de contribuir a resolverlo. No falta, entre los partidarios de la bondad del *adversary system*, alguien que piensa que se trata de un buen método procesal para descubrir la verdad de los

hechos, pero esta opinión parece sin fundamento: está históricamente confirmado que el adversary system nunca ha sido dirigido al descubrimiento de la verdad y parece evidente que su fin no es la averiguación de la verdad de los hechos. En el largo elenco de los que pueden ser calificados como enemigos de la verdad hay que incluir, de todos modos, a aquellos que, siguiendo la perspectiva del enfoque de pensamiento conocido como *law and economics*, tienden a considerar la función del proceso exclusivamente desde el punto de vista de la eficiencia económica en la resolución de los conflictos. Así, por ejemplo, se afirma que desde un punto de vista económico, la función principal del juicio no es la de producir conocimiento de los hechos, sino la de disuadir a los asociados de tener comportamientos indeseados.

DISTINCIONES FALACES

Muchos de los discursos hechos por los enemigos de la verdad con el fin de negar que ésta pueda o deba ser buscada en el proceso utilizan dos distinciones que se transformaron hace tiempo en lugares comunes, pero parecen completamente infundadas, por tanto, vale la pena mencionarlas, por lo menos para liberar el discurso teórico de complicaciones inútiles y desviantes.

La primera, muy difundida, es la que se pone entre verdad absoluta y verdad relativa. Es particularmente común entre los que, en el ámbito de la teoría del proceso, adoptan la postura del que —parafraseando a Popper— se puede definir como absolutista decepcionado: se trata del que parte de la premisa de que cuando se habla de la verdad, se habla de verdad absoluta, para descubrir después que en el proceso no se pueden descubrir verdades absolutas y concluir que —entonces— en el proceso no se puede descubrir la verdad. Análogamente, y aún presuponiendo, más o menos implícitamente, que la verdad sólo puede ser absoluta, se dice que en el proceso no se puede descubrir la verdad y entonces hay que contentarse con probabilidades.

La distinción entre verdad absoluta y verdad relativa parece, sin embargo, sustancialmente carente de sentido. En la cultura actual,

se habla de verdades absolutas sólo en alguna metafísica y en alguna religión fundamentalista. Ya ni siquiera la ciencia, de hecho, habla de verdades absolutas, y en la vida cotidiana sólo alguien irremediadamente enfermo de presunción puede afirmar que sus verdades son absolutas. Sucede normalmente, por lo tanto, en general y en particular en el derecho y en el proceso, que se puede hablar correctamente sólo de verdades relativas: cada verdad es, efectivamente, *context-laden* y está vinculada a la situación en que es buscada y establecida, a las informaciones en las que se finca, al método que se sigue para fijarla, a la validez y la eficacia de los controles que se instrumentan para confirmarla. Eso ocurre en la ciencia y, con mayor razón, pasa en contextos menos rigurosos como el del proceso. Sin embargo, el hecho de que se pueda hablar sensatamente, en general y en el contexto del proceso, solamente de verdades relativas, no significa que la verdad no exista, que no tenga sentido o que no pueda establecerse: sólo significa que la verdad nunca es absoluta y hay que establecerla con base en las pruebas disponibles. Eso es válido en todos los ámbitos del conocimiento racional y lo es más en el del proceso. Entonces, es oportuno aceptar que cuando se habla de verdad procesal se habla sólo de verdad relativa, dejando las verdades absolutas para otros ámbitos, en los que de la verdad no se da ninguna demostración racional.

La segunda distinción de la cual es útil liberarse, y que de alguna manera coincide con la que se acaba de exponer, es la que con frecuencia se propone, especialmente por parte de los procesualistas, y que se basa en la diferencia entre verdad formal y verdad material, sustancial o real. Según los partidarios de esta distinción, en el proceso se puede establecer sólo una verdad formal, o una fijación formal de los hechos, mientras que fuera del proceso se comprobaría la verdad real. La verdad que se averigua en el proceso sería sólo formal y diferente de la real, a causa de los límites normativos, temporales y prácticos que la disciplina y el funcionamiento concreto del proceso imponen a la búsqueda de la verdad; fuera del proceso, se establecería, en cambio, la verdad real dado que estos límites no están. También esta distinción parece infundada y, por ende, susceptible de ser abandonada. Por un lado, en

efecto, no es cierto que existen dos verdades diferentes, una procesal y una extraprocesal. Por otro lado, no es cierto que fuera del proceso no haya límites al descubrimiento de la verdad, mientras que el proceso pone límites y, por eso, obligaría a averiguar algo distinto de lo que se podría saber por fuera del proceso. Como se acaba de decir, en realidad, cualquier verdad está relacionada con las informaciones en las que se funda y con los métodos que se manejan para comprobarla, y eso vale de la misma manera dentro del proceso y fuera de él. No existen, entonces, dos verdades diferentes y mucho menos existe una específica verdad típica del proceso y diferente de la verdad extraprocesal. En todos los casos, en el proceso y fuera de él, el problema de la verdad es el de la mejor aproximación posible a la realidad histórica y empírica de los hechos que es necesario comprobar.

En cambio, hace falta subrayar que existen procesos en los que la búsqueda de la verdad es facilitada y favorecida por la disciplina de las pruebas y del procedimiento, y procesos en los cuales esta investigación es obstaculizada o incluso imposibilitada. La distinción relevante, entonces, no es entre lo que acaece en el proceso y lo que ocurre fuera del proceso, sino entre los diferentes tipos de éste. Existen, en efecto, procesos en los que la búsqueda de la verdad se hace particularmente difícil justamente por parte de las normas procesales y probatorias. Si, por ejemplo, se piensa en un proceso en el que hay varias normas de prueba legal y muchas normas que imponen la exclusión de pruebas relevantes para la averiguación de los hechos, se piensa en un contexto procesal en el que difícilmente se puede descubrir la verdad. En este caso, no se puede decir que se comprueba una verdad formal. Simplemente no se conoce la verdad, porque la disciplina del proceso obstaculiza, en lugar de favorecer, la averiguación de la verdad de los hechos. Se pueden hacer consideraciones análogas con respecto a muchos casos en los que se prevén procedimientos sumarios, en los que los hechos no se establecen con base en las pruebas, sino con base en la verosimilitud de la narración que alguien propuso acerca de los hechos de la causa. Puede pasar también que procedimientos de este tipo sean útiles para alguna finalidad práctica,

pero no se puede decir que estén dirigidos al descubrimiento de una verdad formal. En cambio, es mejor decir que en ellos se privilegian otros valores, distintos del descubrimiento de la verdad, y que para conseguirlos se paga el costo consistente en no fundar la decisión sobre la verdad de los hechos.

Al contrario, existen tipos de proceso que resultan dirigidos hacia el descubrimiento de la verdad. Si se imagina un proceso en el cual todas las pruebas útiles para la comprobación de los hechos puedan ser producidas y utilizadas, y en el que las pruebas sean evaluadas por el juez de manera discrecional y con el fin de establecer la verdad de los hechos, se está pensando en un proceso en el cual es más ágil la comprobación de la verdad real.

En la práctica, la verdad que se comprueba en el proceso no es formal por el simple hecho de que es averiguada en el interior del proceso; más bien, se trata de una verdad que es más o menos aproximada a la real de acuerdo con la estructura del proceso en el que es establecida.

EL VALOR DE LA VERDAD

Mientras que los enemigos de la verdad terminan negando todo valor de la verdad y de los discursos acerca de ella, parece imposible argumentar en el sentido exactamente contrario, atribuyendo a la verdad un valor positivo, configurándola, entonces, como algo que sí importa y que, por tanto, vale la pena buscar y, si se puede, obtener. Se trata de un valor regulativo que orienta la postura que debe tenerse hacia los hechos, pero esta naturaleza como punto de referencia no hace disminuir su importancia y, más bien, permite configurarlo como valor de relevancia general. Hay al menos cuatro motivos que se pueden invocar en apoyo a esta atribución de valor de la verdad.

Antes que nada, se puede pensar en la verdad como en un valor de carácter moral. Por un lado, en efecto, sería inaceptable cualquier sistema ético fundado en la falsedad, o incluso solamente en la indiferencia acerca de la distinción entre lo verdadero y lo falso. Es decir, sería inaceptable un sistema moral que de cualquier

manera atribuyera legitimación a la falsedad. Por el otro lado, la verdad se puede configurar como un requisito esencial de la integridad intelectual del hombre y de la sinceridad y la justicia en las cuales deberían basarse las relaciones interpersonales.

En segundo lugar, la verdad toma un valor de carácter político. Como lo ha explicado claramente Michael Lynch (2004, 160): "concern for truth is a constitutive part of liberal democracy". Análogamente, uno de los mayores filósofos del siglo xx, Bernard Williams, puso énfasis en las conexiones directas que existen entre verdad, democracia y libertad. El núcleo fundamental del valor político de la verdad consiste en el hecho de que el poder democrático debe fundarse para serlo en un "pacto de verdad" con los ciudadanos. La historia demuestra, además, que la mentira y el engaño fueron y son los instrumentos típicos con los que los sistemas de poder autoritarios o totalitarios ejercen el dominio sobre la sociedad.

En tercer lugar, parece evidente que la verdad representa un valor fundamental en el ámbito de la teoría del conocimiento y es, por tanto, de tipo epistemológico. Sería, en verdad, absurda cualquier epistemología fundada en la idea de que el conocimiento debe orientarse hacia la falsedad y el error, o en la premisa de que no hay ninguna diferencia entre conocimientos verdaderos y afirmaciones falsas.

En fin, parece admisible considerar la verdad también como un valor de tipo jurídico. En este sentido, es suficiente recordar que en muchas áreas del derecho y en muchos institutos jurídicos, de los contratos a la prueba testimonial, la verdad representa una condición esencial de validez de un acta o de una declaración.

En el ámbito del valor jurídico de la verdad, es posible hacer hincapié especialmente en el valor procesal que a la verdad se le debe reconocer. Éste es evidente si se piensa en que la finalidad del proceso no sólo es resolver las controversias, sino resolverlas con decisiones justas. La justicia en la decisión, de hecho, no depende sólo de que ella constituya el resultado de un proceso que se desarrolló de modo correcto, es decir, con el respeto de todas las garantías que conciernen a la independencia e imparcialidad del juez y los derechos de las partes, ni solamente del hecho

de que el juez haya interpretado correctamente y aplicado la norma que se asume como criterio jurídico de decisión. Estas condiciones son necesarias, pero no suficientes para determinar la justicia de la decisión. Como mantienen muchos filósofos y varios procesualistas, y también un *fact-skeptic* como Jerome Frank, ninguna decisión puede considerarse justa si se basa en una reconstrucción errónea, no verdadera, de los hechos que forman el objeto del proceso. Desde este punto de vista, la verdad de la decisión acerca de los hechos constituye una condición necesaria de la justicia de la misma decisión. Como escribí eficazmente Mirjan Damaska (1998, 2): “accuracy in fact-finding constitutes a precondition for a just decision”.

En realidad, pocos estarían dispuestos a admitir que una sentencia fundada en una averiguación falsa de los hechos es buena; mucho menos estarían dispuestos a admitir que una sentencia de este tipo puede considerarse justa. Más en general, sería muy difícil admitir que un ordenamiento en el que la administración de la justicia se base sistemáticamente en la legitimación del error y de la falsedad en la comprobación de los hechos, o —lo que es lo mismo— en la indiferencia hacia la distinción entre una comprobación falsa y una verdadera, es un buen ordenamiento, es decir, un ordenamiento en el cual se imparte una justicia digna de ese nombre.

Sin embargo, aun cuando se admite que la averiguación de la verdad representa una de las finalidades que el proceso debe tratar de conseguir, a menudo se dice que ésta se debe compatibilizar con la realización de otros valores y otros intereses, y entonces se debe limitar de alguna manera, o hasta excluir del todo. Habría, en otras palabras, varios factores que contrastan con la búsqueda de la verdad en el ámbito del proceso y que, a menudo, prevalecen sobre la realización del valor constituido por la averiguación de la verdad. Estos factores de las naturalezas más distintas incluyen, por ejemplo, la disciplina sobre los medios de prueba, la exclusión de determinadas pruebas o la posibilidad de probar ciertos hechos, la presencia de reglas de prueba legal, la exigencia de que el proceso se concluya rápidamente, la necesidad de fundar la deci-

sión en una averiguación escueta o incompleta de los hechos, et-
cétera. Sustancialmente, la búsqueda de la verdad en el ámbito del
proceso podría limitarse, o hasta cancelarse, en función de la oportu-
nidad de que prevalezca la actuación de valores o la satisfacción
de intereses que con esa búsqueda entran en conflicto. Se trata de
un argumento que se encuentra con frecuencia y que requiere de
algunas otras consideraciones.

Por un lado, como se ha dicho anteriormente, no está en duda
que la verdad de la cual se puede hablar en el ámbito del proceso
es relativa, contextual, aproximada y dependiente de la cantidad
y la calidad de la informaciones que las pruebas introducen en el
proceso. Por otro lado, sin embargo, eso no implica que el valor de
la verdad se tiene que poner en el mismo plano de cualquier otro
valor o interés que pueda tener alguna relevancia, ni mucho me-
nos que el valor representado por la búsqueda de la verdad de-
be sacrificarse siempre para dar la prioridad a cualquier otro valor
o interés que, por alguna razón, pueda entrar en conflicto con la
búsqueda de la verdad. El problema, entonces, no se resuelve sim-
plemente con constatar que estos factores necesariamente tienen
que tener prevalencia. Lo que hace falta es, en cambio, una más
apropiada calificación del valor representado por la verdad en el
ámbito del proceso.

Si, como se ha dicho antes, se trata de un importante valor ético,
político y epistémico, además de jurídico, y si la verdad de la
averiguación de los hechos constituye una condición necesaria de
la justicia en la decisión, entonces no se puede prescindir de cali-
ficar como fundamental el valor representado por la verdad en
el contexto del proceso. No se trata, sin embargo, de una califica-
ción meramente retórica. Decir que la verdad representa un valor
fundamental del proceso significa que la realización de este valor
tendría que prevalecer sobre la satisfacción de intereses o sobre la
implementación de valores que no sean igualmente fundamen-
tales, o que lo sean para nada. No se trata, como ya se mencionó,
de encontrar el punto de equilibrio entre la búsqueda de la ver-
dad y los factores que con esa búsqueda se contrastan, sino de
establecer cuál valor debe prevalecer sobre otro. En esta perspec-

tiva, se puede opinar que solamente la actuación de valores a su vez fundamentales puede hacerse prevalecer sobre el de la verdad, en caso de contraste. Así, por ejemplo, se puede mantener que la exclusión del uso de pruebas ilícitas, aun implicando una reducción de la posibilidad de averiguar la verdad, es justificada, ya que se trata de dar efectiva realización a valores que pueden, a su vez, ser considerados fundamentales, como la privacidad o la libertad de las personas. A menudo, sin embargo, uno se encuentra frente a reglas de exclusión de medios de prueba, como la *hearsay rule* del derecho estadounidense o la prohibición de utilizar el testimonio para probar ciertos contratos que existe en el derecho italiano o francés, que pueden tener alguna justificación histórica o técnica, pero no tienen por finalidad la implementación de valores que puedan considerarse fundamentales. Se debería concluir, entonces, que estas reglas no merecen ser conservadas: ellas, en efecto, limitan o impiden la búsqueda de la verdad, pero no satisfacen intereses o valores de nivel igual o superior al de la verdad.

Otra importante consecuencia de la calificación del valor de la verdad como fundamental es que de esta manera se establece un criterio para evaluar la calidad y la funcionalidad de los tipos de proceso. No es posible desarrollar en este trabajo este argumento en todos sus aspectos, pero parece evidente que si un proceso incluye muchas reglas de prueba legal, muchas reglas de exclusión de pruebas que serían relevantes para la averiguación de los hechos y muchas limitaciones de las actividades probatorias de las partes y del juez, este proceso resulta particularmente inadecuado para la realización del valor constituido por la verdad de los hechos. Por el contrario, si un proceso no incluye reglas de exclusión de pruebas relevantes (hecha salvedad, eventualmente, por la regla que impide el uso de pruebas ilícitas), permite el desenvolvimiento de todas las actividades preparatorias de las partes y el ejercicio de adecuados poderes preliminares del juez, y pone la evaluación de las pruebas a la racional discrecionalidad del juez, dirigida a la determinación de la verdad de los hechos, entonces, este proceso resulta ser mucho mejor, justamente porque tiende a maximizar la posibilidad de que la verdad de los hechos se obtenga efectivamente. Como se ha dicho antes, en efecto, la ver-

dad que se obtiene en el proceso es contextual, pero no todos los contextos procesales son iguales y llevan a establecer la misma verdad. Algunos contextos procesales permiten, es cierto, una mejor aproximación a la verdad de los hechos, mientras que otros limitan, obstaculizan o hasta impiden que la verdad se pueda determinar. Así, por ejemplo, es claro que un sistema procesal rigurosamente adversarial no está orientado hacia la verdad, sino que está más dirigido a uno en el que el juez disponga de poderes oficiales para adquirir pruebas relevantes no proporcionadas por las partes.

PROBABILIDAD Y PRUEBA

En muchos de los discursos de aquellos que excluyen la posibilidad de que en un proceso se averigüe la verdad, se detecta la tendencia a plantear el problema de la decisión sobre los hechos en términos de probabilidad. Se dice, pues, que el proceso no comprueba la verdad, sino que fija conclusiones probables en torno a los hechos. En este uso lingüístico muy común se insinúan, sin embargo, al menos dos errores conceptuales. El primer error se señaló anteriormente, y consiste en pensar en la verdad como absoluta para concluir, después, que no se puede establecer en el proceso. El segundo consiste en entender la probabilidad como una suerte de nivel inferior de conocimiento: en este uso indefinido e indeterminado, “probable” se torna sinónimo de “incierto”, “no seguro”, “posible”, “opinable”, “verosímil”, etcétera. Lo que pasa es que esta concepción básicamente negativa y limitativa de la idea de probabilidad no tiene fundamento, además de producir una serie de confusiones y malentendidos conceptuales.

Hay que considerar, por el contrario, que la probabilidad no sólo es desde hace tiempo objeto de profundos análisis filosóficos y matemáticos, y que constituye un campo muy complejo y articulado del pensamiento, sino que representa una perspectiva muy útil y fecunda para quien pretenda entender el razonamiento del juez en torno a las pruebas y a la averiguación de los hechos. En esta dirección, la probabilidad no es sólo una suerte de cognición inferior

respecto de la verdad, sino que se puede entender como sinónimo de la verdad que se establece en el contexto procesal. Se puede, entonces, hablar de verdad probable sin ninguna contradicción, para indicar la verdad relativa que, como ya se vio, es la sola verdad de la cual se puede hablar sensatamente tanto en el proceso como en muchísimos otros campos del conocimiento común y científico. No se trata de un descubrimiento particularmente original, ya que el uso de la probabilidad como instrumento conceptual para racionalizar la evaluación judicial de las pruebas y establecer el grado de confirmación que éstas proveen a los enunciados de los hechos de la causa es desde hace tiempo un lugar común en distintas culturas jurídicas. Existe, al contrario, una vasta literatura que elabora construcciones probabilísticas del razonamiento del juez con el fin de anclarlo a criterios racionalmente controlables.

Al respecto, hacen falta algunas consideraciones más. Eso es necesario porque el concepto de probabilidad no es, y nunca lo ha sido, un concepto simple y homogéneo, con la consecuencia de que no son ni simples ni homogéneas las aplicaciones que de éste se proponen en el ámbito del proceso. Simplificando radicalmente un discurso que debería ser muy extenso y complejo, hay que recordar, en efecto, que normalmente se distinguen al menos dos concepciones fundamentales de la probabilidad: una es la probabilidad pascaliana o cuantitativa, que sirve para calcular la frecuencia de un evento determinado dentro de una clase de acaecimientos; la otra es la probabilidad baconiana o lógica, que sirve para establecer el grado de confirmación lógica de un enunciado con base en la información que se refiere a éste.

En las últimas décadas se ha desarrollado, principalmente en los Estados Unidos, una escuela de pensamiento según la cual la concepción cuantitativa de la probabilidad, y en particular el teorema de Bayes, sería el instrumento conceptual más adecuado para el entendimiento del razonamiento del juez acerca de las pruebas. Este enfoque dio lugar a una notable cantidad de contribuciones y de hipótesis aplicativas, sin embargo, al parecer no tuvo éxito en proveer una versión objetiva y calculable, en lo términos

de la probabilidad cuantitativa, de la evaluación de las pruebas. No es posible hacer en este trabajo una justificación analítica de esta opinión; basta con mencionar el hecho de que el teorema de Bayes presupone la precisa cuantificación de algunos factores que, sin embargo, no son cuantificables en el contexto del proceso, lo que parece ser un motivo suficiente para sostener que la concepción bayesiana del razonamiento probatorio no es de ninguna utilidad en la mayoría de los casos concretos, y ciertamente no puede constituir el modelo de razonamiento del juez. Es cierto, en efecto, que en algunas situaciones se puede admitir el uso probatorio de las frecuencias estadísticas, pero eso no representa la normalidad, además de que crea una serie de problemas de difícil resolución y numerosos riesgos de malentendidos y errores.

La realidad del contexto procesal y del uso que en éste se hace de las pruebas con el fin de averiguar la verdad de los hechos se interpreta mucho mejor a partir del concepto de probabilidad como confirmación lógica, en el cual la probabilidad corresponde precisamente al grado de confirmación que las pruebas disponibles atribuyen a los enunciados relativos a los hechos de la causa. En esta perspectiva, se puede decir que la verdad de los hechos equivale al grado de confirmación —o de probabilidad lógica— que las pruebas atribuyen a los enunciados en los que los hechos de la causa son descritos. No hay entonces una distinción conceptual entre verdad y probabilidad; la verdad relativa se expresa en términos de probabilidad lógica, en el sentido de que se considera verdadero el enunciado de hecho que con base en las pruebas alcanza un grado adecuado de confirmación lógica. En esta perspectiva, la función de la prueba consiste en proveer al juez los datos cognoscitivos necesarios para establecer cuál de estos enunciados puede ser considerado verdadero.

GRADOS DE PROBABILIDAD Y ESTÁNDARES DE DECISIÓN

Ya que la decisión sobre los hechos se fundamenta en la elección de la descripción de ellos que, desde las pruebas, recibe un grado adecuado de confirmación lógica, se trata ahora de establecer en qué consiste y cómo se determina la aptitud del grado de con-

firmación que el juez debe tomar en consideración. Al respecto, es útil hacer una distinción de acuerdo con si existen, o no, criterios normativos dedicados a guiar la elección del juez.

En muchos casos, estos criterios no existen. Es lo que pasa en los sistemas procesales civiles en los que la evaluación de las pruebas, y por ende la decisión sobre los hechos, es encargada a la discrecionalidad del juez. Se trata del conocido principio del libre convencimiento, que, con varias formulaciones, está presente en muchos ordenamientos. Además, el hecho de que sea libre el convencimiento que el juez forma sobre las pruebas significa que éste no está vinculado por normas (de prueba legal), pero no significa que no pueda ser casual o arbitrario; es más, tiene que ser guiado por reglas lógicas y criterios que permitan su formulación racional y controlable. En esta perspectiva, emerge la posibilidad de aplicar un criterio racional de decisión que se puede definir como el de la probabilidad prevalente. En términos generales, éste dice que en presencia de más hipótesis relativas a la existencia o no existencia de un hecho es racional escoger la que, con base en las pruebas, adquirió el grado relativamente más elevado de confirmación lógica. El criterio de la probabilidad prevalente incluye en realidad dos reglas: la del “más probable que no” y la de la “prevalencia relativa de la probabilidad”.

La regla del “más probable que no” implica que para cada enunciado factual se considere la posibilidad de que éste sea verdadero o falso, lo que significa que del mismo hecho haya siempre dos hipótesis complementarias: una positiva y una negativa. El juez tiene que escoger aquella que, con base en las pruebas, tenga un grado de confirmación lógica superior a la otra: sería, en efecto, irracional preferir la hipótesis que resulte ser menos probable que la contraria. La positiva se da cuando las pruebas proveen una confirmación de la verdad del enunciado sobre el hecho. Se tendrá, al contrario, una probabilidad prevalente de la hipótesis negativa cuando sobre la existencia del hecho no haya pruebas, o haya elementos de prueba débiles e inciertos o contradictorios, y con mayor razón cuando

haya pruebas que demuestren la verdad de la hipótesis que niega la existencia del hecho.

La regla de la prevalencia relativa entra en el juego cuando a propósito del mismo hecho hay hipótesis diferentes, es decir, cuando es narrado por diversos enunciados de manera distinta. Teniendo en cuenta sólo aquellas hipótesis que, con base en las pruebas, han aparecido como más probables que no, es decir, aquellas que recibieron una confirmación probatoria positiva, la regla implica que el juez elija como verdadero el enunciado de hecho que recibió de las pruebas el grado de confirmación relativamente mayor.

La situación es notablemente diferente cuando existen estándares normativos que se refieren a la elección del juez en torno a lo que se considera verdadero en cuanto probado. El ejemplo principal es constituido por las hipótesis en las que se piensa que en el proceso penal se puede extender la condena sólo cuando la culpabilidad del imputado resulte probada más allá de toda duda razonable. Se trata del criterio de la *proof beyond any reasonable doubt* que se ha afirmado hace tiempo en la jurisprudencia de las cortes norteamericanas y que es seguido también en distintos ordenamientos de la *civil law*. Se trata, evidentemente, de la consecuencia de una elección fundamental de tipo ético, aun antes que jurídico, según la cual es preferible que muchos culpables sean absueltos a que un inocente sea condenado. Esta opción ética conlleva varias consecuencias, una de las cuales concierne precisamente al grado de confirmación probatoria que la hipótesis relativa a la culpabilidad del imputado debe conseguir para que pueda considerarse como verdadera y pueda, entonces, fundamentar la condena. Tal grado no es precisamente determinable, pero es claro que tiene que ser particularmente elevado; se trata de un grado de confirmación mucho más elevado que el de la probabilidad prevalente, y que tiene que ser prácticamente equivalente a la certidumbre de la veracidad del enunciado de hecho.

La posibilidad de que, según los casos, se usen diferentes estándares probatorios no hace desaparecer, de todos modos, la premisa según la cual el razonamiento del juez es interpretable

racionalmente de acuerdo con el criterio de probabilidad lógica, y la función de la prueba se cumple típicamente dando al juez los elementos cognoscitivos con base en los cuales hace falta determinar el grado de confirmación lógica de los enunciados de hecho.

PROBABILIDAD Y PRUEBA JUDICIAL

VERDAD Y PRUEBA EN LA AVERIGUACIÓN JUDICIAL DE LOS HECHOS

De la verdad de los hechos se habla a menudo en el contexto del proceso, tanto civil como penal, también porque se tiende, generalmente, a reconocer que una averiguación verdadera de los hechos entra en las finalidades del proceso, como condición necesaria de justicia de la sentencia final. Hay que subrayar, sin embargo, que en el lenguaje corriente se utilizan varios conceptos de verdad con referencia a los hechos de la causa, con la consecuencia de que esta noción acaba siendo vaga, ambigua y sustancialmente indeterminada. Acerca de este problema se reflejan, en efecto, cuestiones no aclaradas respecto al papel que la prueba y la verdad de los hechos desempeñan en el contexto del proceso, y también incertidumbres y dificultades que caracterizan la definición de la verdad en el ámbito epistemológico general. Por ejemplo, se habla de verdad formal y sustancial, o bien de verdad judicial y real, para decir que en el proceso se puede alcanzar sólo una verdad judicial formal, mientras que la verdad real y sustancial se podría conseguir solamente fuera del proceso. Aún más, se distingue entre verdad como coherencia y verdad como correspondencia para afirmar que la primera se puede obtener en el proceso con base en la coherencia narrativa entre los distintos enunciados de hecho que en el proceso son formulados, y para negar, en cambio, que sea posible obtener, tanto en el proceso como en cualquier otro campo de la experiencia, una descripción de los hechos que corresponda a su realidad externa histórica y empírica.

A veces, quien se ocupa de estos problemas opina que el “lenguaje de la verdad” es filosóficamente demasiado exigente y evoca problemas muy amplios y difíciles, y entonces encuentra espacio el uso de un lenguaje diferente, fundado en la idea de certidumbre moral o de probabilidad. Con esto, el panorama de la terminología incierta y ambigua, que se utiliza para tratar de definir la calidad de los enunciados que el juez formula acerca de los hechos, se extiende y se torna aún más vago.

En este trabajo no es posible pasar por la lupa de la crítica todas estas hipótesis y las demás que se podrían detectar en el lenguaje que usualmente se emplea para referirse a la decisión acerca de los hechos. Los usos lingüísticos son, en efecto, numerosos e imprecisos, y varían no poco en las diferentes lenguas, aunque entre ellos quizá se podría encontrar cierta uniformidad. Se pueden, sin embargo, hacer algunas observaciones de carácter general, sin ahondar en la justificación, por lo menos para excluir preliminarmente algunos problemas del campo de investigación al cual se refiere la presente investigación.

Así, por ejemplo, no es el caso discutir en este trabajo el problema epistemológico general de la verdad y el de la distinción entre verdad como correspondencia de un enunciado a la realidad empírica y verdad como coherencia entre enunciados. Al respecto, es adecuada la referencia al criterio semántico de verdad enunciado por Tarski y aceptado de manera más o menos general. Como es notorio, este criterio se basa en la correspondencia entre el enunciado y la realidad a la cual éste se refiere (“la nieve es blanca” es cierto sólo si la nieve es blanca), pero no implica la adopción de un específico concepto de verdad, visto que diferentes conceptos de verdad pueden ser apropiados en contextos diferentes. Al respecto, se puede observar que el contexto del proceso requiere que se adopte un concepto de verdad como correspondencia de lo que el juez afirma acerca de los hechos y la realidad histórica de los hechos de los cuales el juez habla en su decisión. La razón de eso está en que la decisión es justa no porque es sintáctica y semánticamente coherente, es decir, porque narra una historia en la que todos los eventos y comportamientos compaginan el uno con el otro, sino

solamente si la historia que en ella se narra corresponde a la realidad histórica de los hechos. El proceso no es un concurso literario en el que se premia la mejor narración (sin considerar que en la literatura contemporánea la coherencia de la narración ni siquiera es un requisito indispensable): es una situación en la que derechos y obligaciones, absoluciones y castigos, se atribuyen a la condición de que de verdad hayan ocurrido —en la realidad externa al proceso— los hechos a los que las normas atribuyen determinados efectos. Si tal condición no se verifica o es incierta, y los enunciados relativos a estos hechos quedan cognitivamente dudosos (aun siendo, quizá, narrativamente coherentes), entonces el proceso fracasó en alcanzar su meta. Nadie aceptaría ser condenado a prisión o al resarcimiento de un daño por un hecho que no cometió, pero que fue narrado de manera coherente —aunque falseado— por un testigo.

Además, vale subrayar que la mencionada contraposición entre verdad judicial o formal, de un lado, y verdad real o extrajudicial, del otro, es hecha completamente sin fundamento. Es evidente, efectivamente, que la verdad que se busca en el proceso no es ontológica o cualitativamente diferente de la verdad de los hechos que se trata de establecer en cualquier otro campo de la experiencia, de la economía, la historia y la vida cotidiana. En el proceso interesa establecer lo que verdaderamente sucedió, del mismo modo que en otras ocasiones. Ni siquiera la frecuente referencia a la circunstancia de que en el proceso los hechos se averiguan según modalidades específicas establecidas por la ley, con límites de tiempo y de modalidades que derivan, por ejemplo, de normas que excluyen el empleo de determinados medios de prueba, parece irrelevante en este perfil. En cualquier situación, en realidad, la verdad es necesariamente *context-laden*, y sus modalidades de descubrimiento y de averiguación están ligadas a las reglas que valen en cada contexto específico. Estas reglas pueden variar de un contexto a otro, así como pueden variar los instrumentos que se emplean cada vez para establecer si un enunciado de hecho es verdadero o falso, pero eso no implica que haya diferencias ontológicas en la verdad que se trata de fijar. En el caso particular del proceso, cabe subrayar

que, en principio, se utilizan instrumentos de conocimiento —las pruebas— que con pocas variaciones se usan también en la experiencia cotidiana: testimonios y documentos son disciplinados de modo específico por las normas procesales, pero son equivalentes a los instrumentos que ordinariamente se usan para establecer si un hecho pasó o no. No existe, por lo tanto, una verdad formal típica del proceso y distinta de la realidad que se averigua por fuera de éste; en el proceso se tiende a averiguar el mismo tipo de verdad que se busca en cualquier otra situación, aunque sea con instrumentos cuyas modalidades son típicas del contexto procesal.

Eso lleva a subrayar otro aspecto del problema. En la epistemología moderna se reconoce ya uniformemente que no existen verdades absolutas (salvo, quizá, en alguna metafísica o teología), y que cada verdad no puede ser otra cosa que algo relativo al contexto en el cual se obtiene. Puede haber contextos más o menos idóneos para la búsqueda de la verdad, pero lo que es seguro es el carácter relativo de cada verdad. Si eso es obvio en general, no se puede uno maravillar del hecho de que tampoco la verdad que se obtiene en el proceso pueda ser pensada nunca como absoluta. Cada verdad procesal, como toda verdad extraprocesal, es entonces relativa. Este punto lo debe tener en cuenta particularmente aquel sujeto que denominaría “absolutista decepcionado”, es decir, el que parte de la idea de que se pueden descubrir verdades absolutas —también en el proceso— pero luego, al verificar que eso no ocurre, se vuelve un partidario de la tesis por la cual ninguna verdad jamás podría ser establecida. Es cierto, en cambio, lo contrario: la verdad que se puede descubrir en el proceso es, como cualquier otra, relativa, y por lo tanto puede ser establecida en el contexto procesal. En realidad, el problema interesante es otro: puesto que las reglas que definen los contextos procesales varían y existen diferentes modelos normativos que definen las modalidades de averiguación de los hechos, se podrá eventualmente discutir —y ésta es una buena tarea para el comparatista— acerca de cuál es el relativamente mejor modelo para el conseguimiento de este fin y también de cuáles reformas se hagan eventualmente necesarias para permitir a un proceso ser eficiente bajo este punto de vista. En

esta perspectiva se podría también plantear el problema de qué límites a la búsqueda de la verdad en el proceso, como aquellos que derivan de normas de exclusión de determinadas pruebas (o de la pruebas de determinados hechos) o los que derivan de la existencia de normas de prueba legal, son justificados en un proceso que tiende razonablemente a establecer la verdad de los hechos.

La imposibilidad de hablar de verdades absolutas en el contexto del proceso induce a subrayar un aspecto muy importante del problema del juicio sobre los hechos. Éste tiene que ver con una interpretación bastante común del principio del libre convencimiento del juez, según la cual el juicio final que el juez formula tendría que basarse en una certidumbre que logra de una persuasión interior (la *intime conviction* de la conocida fórmula francesa). Prácticamente, el juez debería fundar su propia decisión sobre los hechos en una suerte de intuición subjetiva, no exenta de componentes emotivos, relacionada con lo que es cierto y lo que es falso con respecto de los hechos del juicio. Se trataría de un acto inescrutable, que sucede en la interioridad profunda del espíritu del juez y que, no por casualidad, se entiende muchas veces como encaminado a la consecución de la “certeza moral” sobre la verdad de los hechos. Este enfoque parece criticable desde diferentes puntos de vista. Antes que nada, parece una manera de dejar entrar en el proceso unas pretendidas verdades absolutas e incontestables, fundadas en nada más que una opción subjetiva del juez. Además, la expresión “certidumbre moral” parece contradictoria y desviante: si hay certidumbre acerca de la verdad de un enunciado de hecho, no hay ninguna necesidad de calificarla como “moral”; si no hay certidumbre, el adjetivo “moral” es un sinsentido, o bien es un truco usado para atribuir una apariencia de fundamento a lo que no lo tiene. En todo caso, lo que parece inaceptable es la concepción según la cual el juicio sobre los hechos tendría que fundarse en un acto incognoscible, incontrolable y no justificable (no es por casualidad que los autores más radicales de la *intime conviction* afirmen que el juez no podría ni debería motivar su propia decisión en los hechos). En el proceso, sin embargo, no sirven las intuiciones inefables del juez: los hechos deben ser comprobados

con base en las pruebas, mediante un análisis crítico de las informaciones que ellas provean al juez acerca de los hechos sobre los que tendrá que decidir. Además, en todos los ordenamientos modernos el juez tiene la obligación —no es raro que esté fijada constitucionalmente— de motivar sus propias decisiones. Eso implica que el juez justifique con argumentos racionales las elecciones que efectuó en el momento en que evaluó el resultado de las pruebas y de allí sacó elementos de convencimiento referidos a la verdad o a la falsedad de los enunciados de hecho. En sustancia, la libertad del convencimiento implica que el juez no esté vinculado en su decisión sobre los hechos y que esa decisión sea discrecional, pero no implica que el juez pueda liberarse de las reglas de la racionalidad para hundirse en los abismos incognoscibles de su interioridad y volver a salir con una incontrolable certidumbre de los hechos del juicio.

CONCEPTOS DE PROBABILIDAD

Frente a problemas como los que se acaban de indicar, una tendencia muy generalizada es la de utilizar, con el fin de explicar el fenómeno de la decisión judicial fundada en pruebas, el lenguaje de la probabilidad. En otros términos, por no querer o poder hablar el lenguaje de la verdad-falsedad, se encuentra refugio en la alusión a la idea de probabilidad como si de esta manera todos los problemas se solucionaran. Desgraciadamente, sin embargo, las cosas no son así, por varios motivos que vale la pena señalar, aunque sólo sintéticamente.

Antes que nada, si se usa genéricamente el término “probabilidad” para indicar cualquier cosa que sea diferente de la verdad en sentido estricto, es decir, que no sea absolutamente verdadera pero ni siquiera seguramente falsa, quedamos en una situación vaga, porque no está claro qué se entiende al decir que un acontecimiento, o el enunciado que lo describe, es probable. No es raro, pues, que quien usa el término “probable” de manera genérica, tiende a confundirlo con “verosímil”, “posible”, “creíble”, y demás, es decir, con nociones que resultan a su vez sin significados precisos,

aunque aluden, de todos modos, a fenómenos distintos entre sí y diferentes de la probabilidad.

Sobre todo, sin embargo, hay que tener en cuenta el hecho de que el concepto de probabilidad no es simple ni homogéneo. En un sentido, en su larga historia emergieron al menos dos concepciones diferentes y contrapuestas: la concepción baconiana o lógica, y la concepción pascaliana o cuantitativa de la probabilidad. Así las cosas, hoy en día existen varias nociones de probabilidad, por ejemplo, todavía se distingue entre la lógica y la estadística (o frecuentista), entre objetiva y subjetiva, y se discute si existe o no un concepto fundamental unitario que una varias nociones. No tener en cuenta todo ello, como a menudo sucede, puede abrir paso a una serie infinita de errores e incomprensiones.

Hay que considerar, por otro lado, que el uso incontrolado de cuantificaciones probabilísticas es una de las razones más frecuentes de error en las inferencias que se formulan en el intento de interpretar la realidad o de hacer previsiones.

Estas consideraciones inducen a afirmar que cualquier referencia genérica y no calificada a la noción de probabilidad se traduce en un sinsentido. Eso vale particularmente en el contexto del proceso. Si, como a menudo sucede, se afirma genéricamente que las pruebas judiciales pueden fundar juicios de probabilidad sobre los hechos de la causa, en realidad no se dice nada significativo. Empero, parece posible utilizar correctamente el lenguaje de la probabilidad para analizar la decisión sobre los hechos, con tal de que se respeten algunas condiciones.

A. Se trata, antes que nada, de tener la consciencia de que el juez debe construir inferencias lógicas que instauren conexiones entre enunciados sobre hechos. Vale la pena destacar una cosa obvia: que el juez no entra —salvo raros casos, como cuando efectúa una inspección— en contacto directo con los hechos de la causa, ya que éstos ocurrieron antes y fuera del proceso. El juez tiene que ver con descripciones de los hechos, es decir, con enunciados que los describen; con entidades lingüísticas, por fin, y no con acaecimientos empíricos. Simplificando extremadamente la situación en la

que el juez opera, se puede pensar en un enunciado que describe un *factum probans* y expresa el resultado de la prueba —por ejemplo, la declaración de un testigo— y un enunciado que describe un *factum probandum* —por ejemplo, el hecho ilícito productivo de un daño—. Lo que el juez tiene que formular es una inferencia que conecte el primer enunciado con el segundo, de modo que éste reciba confirmación del primero. Se trata, entonces, de un problema lógico semántico: el enunciado relativo al *factum probandum* podrá ser considerado por el juez como verdadero (en el sentido especificado con anterioridad), si resulta confirmado lógicamente por el enunciado relativo al *factum probans*. Esta inferencia debe ser formulada, sin embargo, según criterios bien definidos; por un lado, en efecto, no es posible pasar directamente del enunciado de un hecho específico a otro sin invocar o plantear un criterio que permita este paso. Por otro lado, es válida la consideración de que, de acuerdo con el perfil puramente lógico de cualquier premisa, verdadera o falsa, se puede deducir cualquier consecuencia, a su vez verdadera o falsa; eso convierte en ocioso e inútil cualquier razonamiento que no implique la referencia a un criterio de inferencia capaz de establecer cuáles consecuencias verdaderas se pueden racionalmente deducir de premisas que se asumen como verdaderas.

B. Hace falta, sin embargo, considerar que los criterios con base en los cuales el juez construye las inferencias probatorias pueden variar de caso a caso. A veces, el juez dispone de leyes científicas de carácter general, que instauran en todos los casos posibles una relación determinada entre un hecho y otro (se trata de criterios que tienen la forma del tipo “todas la veces que *x*, entonces *y*”). En estos casos, la inferencia que el juez construye corresponde al modelo nomológico-deductivo analizado por Hempel: puesto que en todos los casos “si *x*, entonces *y*”, también en el caso específico se tendrá “ya que *x*, entonces *y*”. La inferencia tiene una forma deductiva y atribuye carácter de certidumbre a la conclusión que se funda en la premisa relativa a *x*. A esta situación clara, pero muy difícil de encontrar en la experiencia práctica, se le asimila usualmente una distinta, pero análoga, en la que se dispone de criterios no

propiamente generales, sino casi generales, que expresan, finalmente, una conexión entre dos tipos de hechos dotada de un grado muy alto de probabilidad (con una forma del tipo “en casi todos los casos, si x , entonces y ”). En esta situación la estructura formal de la inferencia es nomológico-deductiva, pero la conclusión no tiene carácter de auténtica certeza deductiva; se podrá hablar de certeza práctica para aludir al hecho de que tal conclusión podrá ser utilizada prácticamente como si fuera cierta, de acuerdo con el supuesto de que sea exigua la diferencia con la conclusión de una inferencia fundada en un criterio general.

C. Una vez que se admite la posibilidad de inferencias basadas en criterios no generales, surgen algunos problemas que cabe destacar. Un primer problema concierne al uso, como criterio de inferencia, de generalizaciones empíricas, de *background knowledge* o de máximas de experiencia, es decir, de reglas que, se presume, están fundadas en el sentido común o en la cultura promedio de cierto lugar en un momento dado. Estas reglas son de uso frecuente en la praxis judicial (además, en la vida cotidiana), y son, más bien, indispensables en cierto sentido. Sin embargo, no pueden confundirse con las leyes generales o casi generales que se acaban de mencionar, aunque a veces son formuladas en términos generales o casi generales. El problema nace del hecho de que estas reglas o nociones tienen un estatus lógico o cognoscitivo absolutamente incierto; no sólo varían en cada lugar y en el tiempo, sino que a menudo están también en contradicción con otras que pertenecen al mismo contexto cultural. Además, por lo general, no se sabe cómo o por quién hayan sido formuladas y, por ende, si tienen —y cuál es— una base inductiva o un cimiento empírico. De ahí la necesidad de que el juez, cuando recurre a estas reglas o máximas para construir sus inferencias, verifique su solidez y valor cognoscitivo, ya que es evidente que las conclusiones que él saca de ellas no podrán tener un grado de confianza superior al del criterio que utilizó para formularlas.

Un problema ulterior, que puedo sólo citar, concierne al empleo de frecuencias estadísticas como criterios para construir

inferencias como las que se discuten en este trabajo. En ese sentido, hay dos aspectos que se deben tener en consideración atentamente. El primero es que normalmente una frecuencia estadística instaaura una conexión cuantitativa inherente a la posibilidad de dos tipos de acontecimientos dentro de una población dada, pero de esta conexión no es posible deducir nada significativo acerca del advenimiento de un evento particular como consecuencia de otro evento particular. Como se suele decir, las estadísticas sirven para hacer previsiones, pero no para establecer si un acontecimiento específico pasó o no. No es fortuito que los estudiosos de la casualidad distinguan entre la casualidad general y la individual, o específica, y admitan que, a veces, con base en frecuencias estadísticas, se pueda instituir un nexo de casualidad general (por ejemplo, cuando se trata de averiguar el “aumento del riesgo”), pero descartan que éstas puedan fundar la demostración de un nexo de casualidad específica. El segundo aspecto importante es que las estadísticas expresan frecuencias muy distintas según los casos. Hay, efectivamente, frecuencias altas (cuando se dice, por ejemplo, que x e y están conectados en 98% de los casos observados), frecuencias medias (cuando la conexión está cerca de 50%) y frecuencias bajas (cuando la conexión tiene una frecuencia inferior a 50%, pero hay frecuencias estadísticas de 1% o 2%). Según los contextos en que uno se encuentra, todas estas frecuencias estadísticas pueden tener valor. Por ejemplo, si se trata de prevenir la aparición de una enfermedad, hasta una frecuencia estadística que muestre que esa enfermedad tiene una frecuencia de crecimiento de 2% en presencia de un factor dado (como la exposición a un material dañino) puede considerarse como significativa. Si, en cambio, se trata de averiguar un hecho específico —en los raros casos en que se puede hacer con base en datos estadísticos—, hacen falta frecuencias mucho más altas, tendentes a acercarse a 100%. Es el caso del test del ácido desoxirribunucleico (ADN), en el que los resultados parecen atendibles —si el test fue ejecutado correctamente— en una medida superior a 98%.

En este contexto, cabe mencionar una tendencia que se afirmó sobre todo en Estados Unidos en las últimas décadas, según la

cual el entero razonamiento probatorio del juez sería interpretable y formalizable según el cálculo de la probabilidad cuantitativa, y en particular, según el teorema de Bayes. La hipótesis en la que se funda este enfoque es que el valor de las pruebas sería determinable en términos de probabilidad cuantitativa y con sistemas matemáticos precisos. Se trata, no obstante, de un enfoque que, pese a que ha producido muchos estudios, a veces interesantes, no es idóneo para dar una representación adecuada del razonamiento probatorio. De hecho, no es aplicable en algunos casos muy particulares, pero no es utilizable tampoco en general. La razón principal es que en la casi totalidad de los casos el juez no cuenta con una cuantificación exacta de las *prior probabilities* que hace falta conocer con el fin de aplicar el teorema de Bayes como método para establecer en qué medida una prueba determina el incremento de probabilidad referible a un específico enunciado factual.

LA PROBABILIDAD LÓGICA

Las consideraciones anteriores tendrían que haber mostrado que en el contexto del proceso sucede sólo ocasionalmente que entre en juego la probabilidad cuantitativa en la forma de frecuencia estadística. Eso no impide que, con respecto a las pruebas judiciales, se siga usando el lenguaje de la probabilidad, con la condición de que sea claro que la referencia no es a la probabilidad cuantitativa o pascaliana, sino a la probabilidad lógica o baconiana. La base fundamental de esta referencia es el conocido volumen de Jonathan Cohen titulado *The Probable and The Provable*, en el que el autor desarrolla un análisis muy interesante del concepto de probabilidad lógica y sus posibles aplicaciones en el contexto judicial. El núcleo esencial del concepto de probabilidad lógica es que no hace ninguna referencia a frecuencias estadísticas, sino que se refiere específicamente al grado de confirmación que un enunciado recibe de las inferencias fundadas en las premisas que lo justifican. En términos procesales, eso significa que un enunciado relativo a un *factum probandum* es probablemente verdadero en función de los elementos de confirmación que las pruebas adquiridas

en el proceso le proveen. En otras palabras: la probabilidad de este enunciado es determinada por su grado de confirmación y esto es, a su vez, determinado por los elementos de prueba que al enunciado son directa o indirectamente referibles. Es en este sentido que hay que entender correctamente la afirmación según la cual en el proceso puede considerarse verdadero lo que es probado y en la medida que resulte probado.

La determinación del grado de confirmación de un enunciado factual depende, entonces, de las pruebas que a éste se refieren. Al respecto, pueden darse varias situaciones que a continuación se describirán sintéticamente.

La situación más simple es aquella en la que existe una prueba directa del enunciado en cuestión; en este caso el enunciado que expresa el *factum probans* y el que describe el *factum probandum* coinciden —como en el caso en que un testigo afirma la verdad de un hecho principal de la causa— y la prueba atribuye directamente un grado de confirmación el enunciado que se trata de probar. En una situación de este tipo, la confirmación del enunciado depende exclusivamente de la credibilidad de la prueba (es decir, de la evaluación del juez acerca de la confiabilidad del testimonio). Se da una situación más compleja cuando el enunciado relativo al *factum probans* no coincide con el que concierne el *factum probandum*, es decir, en caso de que la prueba que se tiene sea indirecta, ya que compite con un hecho secundario del que podría derivarse una inferencia relacionada con el hecho principal que se trata de probar. En este caso el grado de confirmación del enunciado que describe este hecho emana tanto de la credibilidad de la prueba como de la inferencia que, a partir del hecho secundario, puede deducirse con referencia al principal. En esta situación se torna particularmente relevante el discurso que se ha hecho anteriormente acerca de la naturaleza y la tipología de las inferencias que el juez debe formular para deducir de las pruebas conclusiones acerca de la verdad de un hecho principal de la causa. Se dan situaciones particularmente complejas, además, cuando —como a menudo sucede en la práctica— respecto del mismo hecho hay varias pruebas que pueden ser tanto directas como indirectas. Al

respecto, se trata de establecer cuál es el grado de confirmación que cada prueba atribuye al enunciado de hecho al cual se refiere, para establecer cuál es el grado global o de conjunto de corroboración que ese enunciado recibe de todas las pruebas que lo atañen. Esta evaluación es relativamente simple todavía cuando las pruebas disponibles convergen hacia el mismo resultado, o sea, cuando dan confirmación al mismo enunciado. En este caso, en efecto, será suficiente sumar o combinar los resultados de las distintas pruebas para obtener el grado de confirmación total que concierne a cada enunciado. Surgen dificultades relevantes, en cambio, cuando hay más pruebas pero éstas son divergentes entre sí, en el sentido de que algunas confirman la verdad del enunciado pero otras corroboran su falsedad, o bien, confirman una versión diferente del mismo hecho. En este caso, el juez deberá formular una evaluación comparativa de los resultados que las pruebas arrojan acerca de los hechos que deben demostrarse, determinando y después co-tejando los grados de confirmación que de las pruebas se deducen acerca de los varios enunciados relativos al *factum probandum*.

La evaluación de la que se habla aquí nace como esquema fundamental del razonamiento del juez sobre las pruebas si se adopta una perspectiva analítica, la cual, en otras palabras, configura la decisión final del juez sobre los hechos de la causa como el resultado de un conjunto más o menos complejo de elecciones y de inferencias fundadas en la evaluación de cada una de las pruebas con referencia a cada uno de los enunciados de hecho que parecen relevantes para la decisión. Esta perspectiva parece ser la única que permite configurar racionalmente el entendimiento del juez en torno a los hechos de la causa, con base sólo en las pruebas efectivamente disponibles. Eso implica considerar como inatendible y desviante la perspectiva holística que es propuesta por parte de algunos exponentes del narrativismo judicial o del análisis psicológico de la decisión de los jurados. Según esta perspectiva, fundada en la premisa de que el proceso no es otra cosa que un lugar en el que varios sujetos narran historias, el juez no tendría que preocuparse por establecer cuál es el grado de corroboración o de probabilidad lógica que cada una de las pruebas atribuye a

los enunciados individuales de los hechos, sino que debería establecer cuál es la historia que, en su conjunto, aparece como la más coherente y, por tanto, más convincente. No se puede negar que en esta perspectiva haya cosas útiles para comprender la psicología de la decisión de los jurados; no parece, sin embargo, que ella admita la elaboración de un modelo racional del procedimiento mediante el cual el juez tendría que llegar a elaborar una decisión acerca de los hechos que se refieren a las pruebas de las que tiene conocimiento.

LA PROBABILIDAD PREVALENTE

Una vez que se haya establecido que el razonamiento del juez sobre las pruebas se desenvuelve esencialmente en términos de probabilidad lógica y tiene la estructura de un conjunto de inferencias con base en las cuales se establece el grado de corroboración que varios elementos de prueba atribuyen a los enunciados que conciernen a los hechos de la causa, queda por considerar un problema importante. Éste tiene que ver con los criterios con los cuales el juez elabora la elección final acerca de los enunciados de hecho que pone como cimiento de su decisión. A este propósito, hay que considerar que a veces entran en juego criterios jurídicos que determinan esta elección. Es, por ejemplo, el caso de algunos ordenamientos procesales penales (como el estadounidense) en los que es vigente la regla por la cual la condena puede ser fundada sólo en la prueba que demuestre la culpabilidad del imputado *beyond any reasonable doubt*. Según este criterio, los enunciados relativos a los hechos que constituyen la culpabilidad deben obtener de las pruebas disponibles un grado elevadísimo de corroboración, prácticamente equivalente al de la certidumbre. En efecto, sea cual sea la manera de definir la duda razonable, se intuye que una prueba que no deje ninguna duda razonable acerca de la verdad del hecho tiene que ser una prueba con un alto nivel de fuerza demostrativa.

En el proceso civil no existen reglas que requieran, en términos generales, de un criterio de corroboración probatoria de los

enunciados sobre los hechos. El principio del libre convencimiento del juez, que es generalmente o casi generalmente incorporado en los sistemas procesales civiles, desvincula al juez de la aplicación de reglas de prueba legal, pero no fija algún estándar vinculante para la evaluación de las pruebas. No obstante, eso no implica, como se ha dicho, que el juez esté libre de establecer la certeza de los hechos según su inescrutable intuición subjetiva; por el contrario, como también se mencionó, hace falta que el juez elabore su decisión de modo racionalmente justificable y controlable. Se vuelve necesario, por tanto, especificar según cuál criterio el juez podrá efectuar racionalmente las elecciones que, en el ámbito de su discrecional apreciación, lo lleven a establecer cuáles enunciados de hecho pueden o no ser considerados como verdaderos en tanto que son confirmados por las pruebas disponibles.

El criterio que parece particularmente apropiado para guiar esta evaluación del juez es el de la probabilidad prevalente —que corresponde sustancialmente al estándar de la *preponderance of evidence* del derecho angloamericano—, a veces indicado también como criterio del “más probable que no”. Cabe destacar, quizá, que también en este caso se habla de probabilidad lógica y no de probabilidad cuantitativa, aunque a menudo el criterio en cuestión se formula con expresiones numéricas (como “más del 50%” o “más del 0.50%”). El contexto de referencia en el que se aplica el criterio de la probabilidad lógica es el de todas las pruebas adquiridas en el proceso en el que es necesario averiguar un hecho. Los términos del problema que el juez tiene que solucionar son definidos por los enunciados acerca de aquel hecho. Puede que haya un solo enunciado que puede ser verdadero o falso, o puede haber varios enunciados acerca del mismo hecho, cada uno de los cuales puede ser verdadero o falso.

El criterio de la probabilidad lógica prevalente consiste, en realidad, en la combinación de dos reglas. La primera de éstas —que específicamente corresponde al criterio del “más probable que no”— indica que es racional escoger, respecto de un enunciado de hecho, la hipótesis que es confirmada en un nivel mayor al de la hipótesis contraria. Si la hipótesis positiva (la de la verdad del enunciado)

es más probable que la hipótesis negativa (la de la falsedad del enunciado), entonces la hipótesis positiva tiene que ser elegida por el juez, el cual deberá, en cambio, seleccionar la hipótesis negativa en caso de que la falsedad del enunciado parezca más probable. Si la hipótesis positiva aparece como fundada en algún elemento de prueba, pero éste no es suficiente para fundar la probabilidad lógica prevalente de esa hipótesis, el juez tiene que concluir que el hecho no ha sido probado y decidir consecuentemente.

La segunda regla de la probabilidad lógica prevalente interviene en el caso en que, acerca del mismo hecho, existan más hipótesis distintas. En esta situación, el criterio racional consiste en la elección de la hipótesis que aparece como sustentada por un grado de corroboración probatoria relativamente mayor al de todas las demás. Si, efectivamente, hay más enunciados relativos al mismo hecho y cada uno de éstos tiene cierto grado de confirmación probatoria, un criterio racional de elección no puede llevar a privilegiar el enunciado que tiene el mayor grado de confirmación probatoria. Asimismo, en este caso, vale la regla del “más probable que no”, en el sentido de que el enunciado que se elige debe tener un grado de probabilidad lógica prevalente sobre el grado de probabilidad del enunciado contrario.

Estas reglas pueden funcionar de diferentes formas según las situaciones concretas y específicas en las que el juez se encuentra en el cumplimiento de sus decisiones. Cabe recordar, finalmente, los aspectos más importantes que la idea de probabilidad manifiesta cuando es referida al problema de las pruebas y su evaluación por parte del juez.

El primer aspecto es que entra en juego el concepto de probabilidad lógica, no aquel de probabilidad como frecuencia estadística. También en las hipótesis en las que haya frecuencias estadísticas utilizables, de hecho, eso no implica que la probabilidad de la verdad de un enunciado sea el efecto de un cálculo matemático. Más bien, el dato estadístico puede utilizarse por parte del juez —cuando se den las condiciones para ello— como criterio para formular inferencias probatorias y, por lo tanto, en último análisis, como

elemento que concurre a determinar el grado de confirmación (es decir, la probabilidad lógica) de un enunciado.

El segundo aspecto es que la idea de probabilidad lógica permite analizar racionalmente la estructura del razonamiento del juez haciendo hincapié en el carácter inferencial, y hace destacar cuáles son los pasos y criterios según los cuales se articula la evaluación judicial de las pruebas.

Last but not least, la interpretación del fenómeno probatorio mediante la idea de probabilidad lógica permite evitar los problemas casi insolubles que se mencionan cuando se hace referencia al cálculo de la probabilidad cuantitativa, pero también la caída en el irracionalismo que se da todas las veces que no se puede identificar la base y la estructura racional del libre convencimiento del juez. El concepto de probabilidad lógica prevalente ofrece, en efecto, un criterio de elección que parece al mismo tiempo flexible, adaptable a las circunstancias concretas más diferentes, y, no obstante, dotado de un fundamento racional muy sólido. Su aplicación permite al juez racionalizar sus deliberaciones, contralar su validez y, asimismo, ofrecer de ellas una justificación lógicamente válida.

LA CIENCIA COMO MEDIO DE PRUEBA

EL USO PROBATORIO DE LA CIENCIA

Entre las novedades más importantes que surgieron en el campo procesal hacia finales del siglo xx, las que están tomando cada vez mayor relevancia y que tendrán una importancia previsiblemente mayor en las próximas décadas, hace falta mencionar el uso de métodos científicos como instrumentos para la averiguación de hechos que son objeto de controversia. En realidad, la aplicación de la ciencia para fines probatorios no es un fenómeno nuevo; prácticamente desde siempre el juez utiliza la ayuda de expertos todas las veces que la corroboración o la evaluación de los hechos sobre los que tiene que pronunciarse requiere el uso de

nociones que van más allá de la cultura promedio que, se supone, es el conjunto de las nociones que él dispone. Entonces, la figura del perito o del asesor técnico es bien conocida, desde hace mucho tiempo, en el ámbito del proceso civil, penal o administrativo.

Por lo tanto, la novedad no consiste simplemente en la aplicación de nociones técnicas y científicas, sino en el enorme aumento de la frecuencia con la cual, en un juicio, se hace uso de estas nociones, y en las características que este recurso ha comenzado a manifestar en los últimos años. Estas características explican, al menos en parte, el aumento en el uso de la ciencia en la impartición de la justicia y se pueden indicar así sintéticamente:

- a) La noción de ciencia se expande de modo relevante con respecto a la concepción común y más difundida en el pasado, según la cual ésta se refería sólo a las ciencias de la naturaleza (las llamadas ciencias duras), mientras que ahora se tiende a incluir a las ciencias humanas o sociales.
- b) El descubrimiento casi cotidiano de nuevas técnicas y nuevas metodologías de investigación (química, física, genética, etcétera) que progresivamente amplían el ámbito de lo que puede ser corroborado científicamente.
- c) La consiguiente posibilidad de aplicar métodos científicos a los tipos de hecho que en el pasado (pero es un pasado que pasa rápidamente) eran dejados al sentido común y a los medios de prueba tradicionales.

En las bases de estos fenómenos hay numerosos factores que conciernen al progreso de las ciencias y que en este trabajo no se pueden analizar detenidamente. Pero hay un fenómeno que atañe directamente a la impartición de la justicia que hace falta destacar, ya que, de no hacerlo, no se explicaría de manera adecuada la tendencia, cada vez más común, a servirse de la ciencia para averiguar —cuando los conocimientos comunes no bastan— los hechos que son objeto de decisión.

Este fenómeno es el que se puede definir como “el regreso de la verdad”. Se trata en realidad de un fenómeno cultural y filosófico

de carácter general que consiste en una suerte de redescubrimiento del valor ético, social y jurídico de la verdad, después de un largo periodo de confusión postmodernista (que en realidad no se ha concluido del todo) en el cual la idea misma de verdad había sido devaluada y considerada falta de cualquier interés. También en el ámbito de la teoría del proceso civil y penal fue por mucho tiempo dominante —quizá en algún lugar todavía lo es— una concepción según la cual el proceso no está —y no debería estar— dirigido a una finalidad diferente de la pura y simple resolución de la controversia específica que es objeto de la decisión. Como los conflictos pueden ser solucionados y superados de diferentes maneras, de esto deriva, en muchas perspectivas teóricas acerca del tema, que la calidad de la decisión con que se finaliza la controversia no es particularmente relevante con tal de que, precisamente, la controversia se agote. En especial, no sería relevante aquel aspecto de la decisión que atañe específicamente los hechos que dieron origen a la controversia. Sustancialmente, no importa si en el proceso se averigua o no la verdad de los hechos, que de todas formas no es indicada como un fin por perseguirse en el contexto judicial. Es evidente que si se sigue una perspectiva teórica de este tipo, el problema de cómo se decide sobre los hechos no parece particularmente interesante, dado que la búsqueda de la verdad no es necesaria (y, más bien, a veces es considerada como molesta y contraproducente). Por consiguiente, no se da una particular atención a la teoría y a la disciplina de las pruebas —así que se admiten, por ejemplo, varias normas de exclusión probatoria y de prueba legal— y se sigue considerando la aplicación de la ciencia como instrumento de prueba, como si se tratase de una eventualidad infrecuente y no particularmente relevante.

No obstante, las cosas no son de verdad así, y se está dando un cambio profundo, destinado, por lo que se puede prever, a volcar la actitud tradicional y común de desinterés hacia estos problemas.

Por un lado, efectivamente, el regreso de la verdad implica que no sólo en un plano filosófico y epistemológico, sino también en el plano jurídico y, más específicamente, procesal, se atribuye a la búsqueda y a la averiguación de la verdad de los hechos la naturaleza

de condición necesaria de justicia de la decisión judicial, fundada en la esencial consideración de que la ley que regula el caso no es aplicada correctamente por el juez si no es aplicada a hechos cuya verdad haya sido establecida con base en las pruebas. En síntesis, la sentencia no se puede considerar justa si se fundamenta en una corroboración errónea y no verdadera de los hechos que están en la base de la controversia.

Por otro lado, el creciente uso probatorio de los métodos científicos presupone, evidentemente, que lo que se busca en el proceso es la verdad de los hechos y que justo por esta finalidad se tiende, cada vez, a usar la metodología mejor, es decir, la técnica que permite establecer de modo más confiable y controlable la verdad. Es por razones de esta naturaleza que cuando está disponible una prueba científica, ésta es preferible (o debería ser preferida) a cualquier otro instrumento probatorio. A menudo, las pruebas tradicionales (basta pensar en el testimonio) no son capaces de proveer al juez elementos de juicio confiables, mientras que la ciencia es capaz de hacerlo en muchos casos. Si la alternativa es entre una prueba clásica de dudosa confiabilidad y una prueba científica dotada, como tal, de un alto grado de confianza, es claro que la preferencia se tiene que dar a la prueba científica, ya que ésta parece más capaz de llevar a la averiguación de la verdad de los hechos. Pero eso presupone, precisamente, que la corroboración de la verdad sea considerada como una de las finalidades fundamentales del proceso.

LA PRUEBA CIENTÍFICA

La referencia a la ciencia por parte de los juristas y también de numerosas personas que no los son, se basa, frecuentemente, en una idea ingenua según la cual “ciencia” es sinónimo de “verdad”. En tal caso, bastaría dejar el campo a los científicos para solucionar todos los problemas que conciernen a la comprobación de los hechos en el contexto del proceso civil y penal. A esta idea ingenua, no obstante, le falta fundamento y, por tanto, hay que tener en cuenta muchas dificultades que surgen cuando se piensa en el uso probatorio

de la ciencia, es decir, al uso de las llamadas pruebas científicas. En parte, estas dificultades nacen de problemas y discusiones que hace tiempo se mantienen en la epistemología general y conciernen a la naturaleza, la confianza, la validez y la evolución de las teorías científicas; sin embargo, no es posible hablar de estos temas adecuadamente en este trabajo. No obstante, es por lo menos necesaria una referencia general al debate que desde hace tiempo se da entre los epistemólogos para hacer entender cómo la creencia de que ciencia es siempre sinónimo de verdad parece en gran parte injustificada.

Naturalmente, esta observación no puede llevar a concluir que la ciencia no sería utilizable para fines probatorios, y entonces los fenómenos de expansión de las pruebas científicas serían absurdos y sin fundamento. Pero hace falta darse cuenta del hecho de que el uso de la ciencia para fines probatorios no es cosa obvia o fácil, y, al revés, debe afrontar una serie de problemas cuya solución es una condición necesaria para el correcto uso procesal de los conocimientos científicos. Muchos de estos problemas son muy complejos y aquí sólo se pueden tratar de manera sintética. Sin embargo, una que otra referencia puede ser útil para entender los límites y las características del uso probatorio de la ciencia.

Cuáles ciencias

Un primer e importante orden de problemas concierne a la definición de lo que se entiende por ciencia desde el punto de vista de la individuación de las nociones científicas que pueden ser utilizadas como instrumentos para la averiguación probatoria de los hechos en la causa. La noción ingenua de ciencia que se mencionó antes —además de genérica e inatendible— es excesivamente restrictiva. Normalmente, se piensa en las ciencias de la naturaleza (las ciencias duras) como la física, la química o la biología, porque en ellas se vislumbra —justa o injustamente— una elevada capacidad de proveer conocimientos particularmente confiables. Sin embargo, esta noción también parece demasiado restrictiva, por el limitado punto de vista de lo que puede constituir en el proceso una prueba científica, por al menos dos razones.

La primera razón es que con este modo genérico de imaginar la ciencia se acaba por no tener en cuenta la rápida evolución que caracteriza a las técnicas y a los métodos de las mismas ciencias de la naturaleza. Basta pensar en el desarrollo que en el transcurso de poco tiempo tuvieron las pruebas genéticas de los test hemáticos del ADN hasta las técnicas de análisis del ADN mitocondrial (al menos por ahora), para darse cuenta de cuán rico y diversificado es el mundo de los análisis científicos, y entonces de cuán variable es el repertorio de las técnicas que se pueden emplear para obtener conocimientos útiles a la corroboración de los hechos en el proceso.

La otra razón es que, al lado de las ciencias de la naturaleza, se reconoce ya un carácter científico en otros campos del conocimiento y de la investigación que también son utilizables en el ámbito del proceso. Se trata de las ciencias humanas o sociales, que van de la sociología a la economía, de la psicología al psicoanálisis, sin excluir la historia del arte y la crítica literaria, que también pueden ser usadas, y los son cada vez más, con el fin de averiguar o evaluar hechos relevantes en un contexto procesal. Basta pensar en el papel del psicólogo en el examen testimonial de niños o en la determinación de la propensión a delinquir, al papel del antropólogo al evaluar las motivaciones culturales de un comportamiento, en la función de las evaluaciones económicas en caso de responsabilidad financiera, o también en la determinación del valor histórico de un edificio o del valor literario de una novela, para tener fáciles y numerosos ejemplos de situaciones en las que la averiguación o evaluación de situaciones de hecho son demandados al científico social. Otros ejemplos pueden ser imaginados pensando en el uso de las estadísticas —en especial, de las estadísticas epidemiológicas— en la evaluación del incremento del riesgo por actividades peligrosas o del peligro derivado del uso de productos medicinales dañinos o por la exposición a materiales peligrosos.

Estos ejemplos, entre los tantos que se podrían citar, pueden explicar lo que se decía al inicio: el fenómeno del uso creciente de técnicas de investigación y de conocimientos científicos en el ámbito del proceso. Ya que, además, cada sector científico está en

evolución rápida y las técnicas de indagación se multiplican y se tornan cada vez más sofisticadas, se entiende cómo se multiplican las ocasiones para utilizarlas en el proceso.

Criterios de cientificidad

Un ulterior y no menos importante orden de problemas que surgen a propósito de la noción de ciencia a la que me refiero estriba en la existencia de muchas prácticas o técnicas que pretenden ser dotadas de un estatus científico, que suscitan dudas en torno a la validez científica de sus métodos y, entonces, acerca de la confiabilidad de los resultados que obtienen. Como dijo David Faigman, un buen método para establecer si una pretendida forma de conocimiento tiene naturaleza de ciencia no consiste en preguntarlo a los que la practican. De otra manera, el astrólogo diría que la astrología provee conocimientos confiables y dirían lo mismo aquellos que practican la lectura de los fondos de café o de las hojas de té.

Se trata, también frente a numerosos casos de decisiones erróneas fundadas en conocimientos privados de validez científica, de establecer cuáles son los criterios en función de los cuales se puede decir que una técnica de investigación y de búsqueda es válida, y entonces los resultados que produce tienen fundamentos científicos y pueden ser utilizados como prueba de los hechos relevantes para la decisión judicial. El problema se ha puesto con particular evidencia, antes que en otros ordenamientos, en los Estados Unidos, y encontró su *turning point* en la sentencia del caso Daubert emitida en 1993 por la Corte Suprema. En la opinión de mayoría redactada por el juez Blackmun se encaraba directamente el problema del control sobre la validez de los conocimientos científicos que se usan en el juicio (la llamada *scientific evidence*), indicando algunos criterios de los que el juez tendría que valerse para admitir o excluir tales conocimientos del ámbito de las pruebas utilizables. Tales criterios son: a) la verificabilidad y falsificabilidad de la teoría que está en las bases de la prueba científica, b) el porcentaje de error de la técnica empleada, c) el control por parte de otros expertos y d) el consenso general de la comunidad científica de referencia. La sentencia subraya, además, la necesidad de

que la prueba científica sea admitida solamente cuando es directamente relevante para averiguar los hechos específicos de la causa particular.

Esta sentencia ha sido muy discutida y hasta se pusieron en duda algunos de sus aspectos de acuerdo con el perfil de la validez epistemológica; además, tuvo aplicaciones variables y no siempre coherentes por parte de la jurisprudencia estadounidense sucesiva. Pese a eso, hay varias razones para pensar que marcó una etapa importantísima en el desarrollo del problema del uso probatorio de la ciencia, no sólo en los Estados Unidos sino en general, indicando una perspectiva de análisis que debe considerarse ahora y en el futuro. Antes que nada, dio lugar en los últimos años a una imponente literatura en la cual el tema de las pruebas científicas ha llegado a un nivel de profundización antes desconocido en cualquier cultura jurídica. Además, produjo una importante modificación de la Rule 702 de las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses, con la introducción de criterios más rigurosos acerca de la confiabilidad de los *principles and methods* en los que tiene que fundarse la prueba científica para ser admitida en un juicio.

Más en general, la sentencia Daubert y la amplia discusión que le siguió, y que todavía sigue, demuestra la importancia fundamental que toma un control cuidadoso y profundo, por parte del juez, de la validez científica efectiva de los conocimientos extrajurídicos que se usan para cerciorarse de los hechos. Es claro, sin embargo, que este problema no puede solucionarse de una vez por todas de modo definitivo y, más bien, está destinado a presentarse continuamente mientras más se adelante la evolución de las metodologías científicas y la profundización de los criterios en función de los cuales se puede distinguir la ciencia “buena” de la ciencia “mala” (la *junk science* de los norteamericanos), de las pseudociencias.

Por un lado, efectivamente, ocurre que la individuación de los criterios más rigurosos de científicidad puede llevar a poner en duda la validez de métodos y técnicas que, hasta cierto momento, se mantenían como confiables. No es solamente el caso del “suero de la verdad” o de la “máquina de la verdad”, cuya eficacia probatoria fue excluida ya hace tiempo por su reconocida inconfiabilidad. Es

también el caso de técnicas mucho más difundidas, como el análisis grafológico y el cotejo de huellas digitales, cuya validez probatoria es puesta en duda debido a que se basan en cotejos por medio de los que es difícil deducir consecuencias demostrativas convincentes. Por otro lado, el continuo florecimiento de métodos y técnicas científicas plantea, en todo caso, el problema de establecer cada vez el nivel de confianza de los resultados arrojados.

Desde esta perspectiva, un problema relevante viene de la inclusión de las ciencias sociales en el ámbito de las ciencias que se consideran capaces de proveer conocimientos útiles para la corroboración de los hechos en el proceso. Efectivamente, criterios como los que se mencionaron en Daubert, o criterios epistemológicamente más rigurosos del mismo género, se refieren específicamente (como de hecho sucedía en el caso Daubert) al problema de la confiabilidad de conocimientos incluidos en el campo de las ciencias de la naturaleza. La dificultad nace del hecho de que las ciencias sociales siguen paradigmas diferentes de los de las ciencias de la naturaleza: distinciones clásicas como las que existen entre ciencias nomotéticas e idiográficas, o entre ciencias de la explicación y ciencias de la comprensión, subrayan que las diferentes ciencias siguen paradigmas distintos y, por ende, con toda probabilidad, no existe algún criterio que pueda aplicarse para evaluar su validez. Se podría decir, al contrario, que cada ciencia sigue un paradigma específico, según el cual tendría que evaluarse la confiabilidad de los resultados que produce (considerando, no obstante, el riesgo del círculo vicioso, es decir, de que los que leen fondos del café digan que esta práctica tiene su paradigma y, por tanto, merece ser clasificada entre las investigaciones de tipo científico).

Eso no quita, sin embargo, que la exigencia señalada por la sentencia del caso Daubert siga teniendo un papel central: en todo caso, hace falta que la validez científica de las nociones y de las técnicas que se utilizan en el proceso sean controladas con la máxima atención. El uso probatorio de ciencia mala tiene, efectivamente, un costo no tolerable en lo que se refiere al error en la averiguación de hechos relevantes para la decisión.

La función del experto

Los problemas que se acaban de indicar deben ser resueltos en cada uno de los casos por el juez, que tiene, entonces, la responsabilidad de asegurar que los conocimientos científicos sean usados correctamente en el ámbito del proceso. A este respecto, la cuestión se pone en términos diferentes en los distintos ordenamientos procesales.

En los ordenamientos de *common law* son las partes quienes deciden si es oportuno servirse de expertos que comuniquen al juez (en la forma del *expert testimony*) los conocimientos científicos que él y el jurado deberían tener en cuenta. También son las partes las que eligen a sus expertos y los pagan, obviamente contando con que los expertos den informaciones favorables a la parte que los solicita. En situaciones como éstas, no sólo no se asegura la imparcialidad de los expertos, los cuales son, más bien, parciales, justamente porque reciben un encargo de las propias partes, y no del juez (el cual tiene, en los Estados Unidos, el poder de nombrar expertos imparciales, pero lo ejerce muy rara vez). Se intuye fácilmente que en un sistema de este tipo el riesgo de que sean introducidos en el proceso conocimientos sin fundamento científico es muy elevado, dado que la presencia del experto adversario —y la batalla de los expertos que surge— no es suficiente para garantizar la validez de las informaciones y de las evaluaciones que los mismos expertos formulan. Por consiguiente, se asigna al juez la función esencial de *gatekeeper*, que consiste en evitar la entrada al proceso de *junk science*.

En los sistemas de *civil law*, normalmente es el juez quien decide si necesita del experto para adquirir conocimientos científicos necesarios para la decisión de los hechos y corresponde a él usualmente nombrar a uno o más expertos —que se suponen imparciales—, quienes deben proveerle los conocimientos y las evaluaciones que necesita. La imparcialidad del experto nombrado por el juez no está en discusión, ya que hay normas dirigidas, precisamente, a que el experto no favorezca una parte o la otra, sin embargo, la tarea que corresponde al juez se torna extremadamente delicada. Por un lado, debe decidir si es necesario nombrar a un experto; eso implica que formule una evaluación crítica de su propia

cultura extrajurídica, con el fin de establecer si es o no adecuada para la averiguación correcta de los hechos de la causa. El juez podría también pensar que no es necesario el auxilio de un experto, si piensa ser capaz de, por sí solo, conocer y evaluar esos hechos, pese a que presenten características que requerirían particulares conocimientos científicos para ser correctamente apreciados. El riesgo, en este caso, es del juez *apprenti sorcier*, es decir, del juez que cree tener una cultura científica suficiente, pero en realidad no está en el nivel para sustituir al experto. Si esto pasa, la consecuencia es que el mismo juez introduce en el proceso una ciencia mala y se sirve de ella para una averiguación de los hechos que resultará inadecuada y errónea.

Por otro lado, si este riesgo se evita y el juez no se cree capaz de afrontar solo los aspectos científicos de la controversia, el problema se traslada a la elección del mejor experto. Además del problema de la imparcialidad del que se habló, la verdadera dificultad consiste en elegir a un experto que esté capacitado para encarar el problema científico que el juez tiene que solucionar. A menudo pasa que este problema entra en la competencia promedio de expertos, como ocurre cuando un médico legal debe comprobar la gravedad de las lesiones provocadas por un accidente de tránsito. Empero, en casos como los decididos en la sentencia Daubert, en los que se trata de establecer la peligrosidad de un medicamento, hacen falta informaciones y análisis científicos que requieren competencias de nivel particularmente elevado. Por otro lado, existe también el riesgo de que un experimento de rutina sea efectuado de forma no adecuada: un test del ADN es, efectivamente, confiable sólo si se comprueba que ha sido conducido según las modalidades prescritas —así que no hay esta seguridad en los test efectuados en los laboratorios del Federal Bureau of Investigation (FBI), de los que no se revelan los procedimientos—. Es claro que, frente a estos problemas, la tarea del juez puede ser muy ardua. No basta, de hecho, con pedir ayuda a un experto o acudir a un experimento. Hace falta que el experto tenga la competencia necesaria para enfrentar el problema que el juez debe solucionar y que el experimento se conduzca con todas las garantías de corrección y confianza científica.

EL PAPEL DE LA CIENCIA

Los asuntos que se indicaron son complejos y de no fácil solución, pero pueden y deben ser superados porque la tendencia general va, como se dijo desde el principio, en el sentido de un empleo cada vez más extenso e intenso de las pruebas científicas para la averiguación de los hechos. Los varios ordenamientos procesales, entonces, tienen que predisponer los remedios adecuados, ya sea para lo que concierne a la estructura y el funcionamiento del proceso, o para la preparación profesional del juez. En la hipótesis quizá optimista de que eso ocurra al menos satisfactoriamente, se pueden desarrollar algunas consideraciones acerca de varios aspectos de las consecuencias que se producen a raíz del creciente uso de conocimientos científicos en el ámbito del proceso.

Si no se recurre a conocimientos científicos referibles a los hechos sobre los cuales toma su decisión, el juez emplea las nociones que entran en su cultura de "hombre promedio" en el momento y el lugar en que la decisión se formula. En otros términos, el juez se sirve del sentido común, es decir, del conjunto de nociones, informaciones, reglas, modelos, estereotipos y hasta prejuicios que caracterizan a la cultura media. De este conjunto son parte también las que en otros ordenamientos se llaman máximas de experiencia, a saber, generalizaciones que se consideran fundadas en la experiencia común de hechos y circunstancias semejantes a las que atañen a la decisión. Es ya un lugar común la consideración de que las máximas de experiencia, y en general lo que se indica como cultura media, son una masa indefinida, confusa e incoherente de nociones que a veces tienen un contenido verdadero, pero muchas veces no lo tienen y expresan sólo prejuicios de distintos tipos y convicciones comunes pero infundadas. Eso vale de modo especial para las máximas de experiencia, que de repente corresponden al *id quod plerumque accidit*, pero muchas veces expresan generalizaciones espurias, es decir, máximas o reglas que no tienen ninguna correspondencia con la realidad.

Parece evidente que cuando es posible aplicar conocimientos científicos válidos y confiables, éstos evitan la necesidad de recurrir

a las inciertas y dudosas nociones del sentido común. Disponiendo de los test del ADN, nadie hoy pensaría en averiguar la paternidad natural de un sujeto evaluando la semejanza física entre padre e hijo, y ni siquiera sirviéndose de testimonios acerca del comportamiento de la madre. La razón es obvia: el test arroja resultados con un altísimo grado de confianza, mientras que los otros métodos de averiguación tienen un alto grado de incertidumbre. Análogamente, si se tienen análisis estadísticos fundados en una cuidadosa relevación de las frecuencias de determinados fenómenos (como sucede, por ejemplo, con las estadísticas epidemiológicas) estas informaciones controladas deben ser usadas en lugar de las aproximaciones de la experiencia común acerca de lo que se considera “normal”.

Estos ejemplos muestran, además, que las pruebas científicas reducen no sólo el ámbito de aplicación del sentido común y de la cultura media, sino que influyen también en el uso de medios de prueba que son tradicionalmente admitidos en el proceso. Esta incidencia se manifiesta de al menos dos modos. Por un lado, como en el ejemplo del ADN, si está disponible un método científico de averiguación de un hecho, es poco apropiada la aplicación de una prueba de otro tipo. Así como el test del ADN hace inútil la prueba testimonial, la reconstrucción científica de la dinámica de un accidente o el análisis científico de la peligrosidad de un medicinal o de nocividad de un material hacen inútil cualquier otra prueba que no tenga el mismo grado o superior de confianza. Entonces, el uso probatorio de la ciencia tiende a reducir el campo de aplicación de las pruebas no científicas.

Por el otro lado, el uso de métodos científicos reduce la aplicación de las reglas de sentido común en la evaluación de las pruebas ordinarias. Tomo como ejemplo el caso de la evaluación de la confiabilidad de un testimonio. Normalmente se cree que el juez formula intuitivamente esta evaluación con base en el contacto directo con el testigo y con la observación de su comportamiento verbal y corporal. Por consiguiente, se sostiene la necesidad de que el testimonio sea adquirido de forma oral y que haya inmediatez

en el contacto del juez con la fuente de prueba. En el origen de esta concepción generalizada está la convicción de que el juez, escuchando y observando al testigo (por así decirlo: mirándolo a los ojos) sea capaz de establecer si éste dice o no la verdad. Se entiende fácilmente, sin embargo, que esta concepción se funda en una idea ingenuamente intuitiva —y básicamente irracional— de la evaluación del testimonio. Si, en cambio, se considera lo que afirman los psicólogos del testimonio que muestran los procesos mentales con los cuales los hechos son percibidos, interpretados, recordados y manipulados, se descubre cuán compleja y delicada es la operación que consiste en decidir si el testigo dijo o no la verdad, voluntaria o involuntariamente. Eso vale más cuando se trata del testimonio de sujetos particulares, como mujeres o menores víctimas de violencia, a raíz de los peculiares mecanismos psicológicos que pueden influir en su interpretación y reconstrucción de los acontecimientos que los involucraron. Es evidente, entonces, que una ciencia humana como la psicología tiene mucho que decir acerca de los criterios y los métodos que deberían ser utilizados en la evaluación de la eficacia y la confiabilidad de una prueba tradicional y aparentemente simple como el testimonio.

Ciencia y búsqueda de la verdad

Pese a los límites que según los epistemólogos caracterizan al conocimiento científico, es indudable que los conocimientos ofrecidos por el uso probatorio de la ciencia determinan la posibilidad de obtener una aproximación a la verdad efectiva de los hechos mucho mayor que la que —acerca de los mismos hechos— se puede conseguir con el uso de las nociones del sentido común y también con las demás pruebas tradicionales. Entonces, se puede afirmar que el uso de las pruebas científicas incrementa el grado de veracidad de la decisión sobre los hechos con respecto al que se obtendría si se evitara el uso de tales pruebas: mediante los métodos ofrecidos por la ciencia, se averiguan hechos que no podrían ser averiguados con otros medios, pero incluso cuando otras herramientas probatorias podrían utilizarse, la prueba científica tiene

de todos modos una eficacia epistémica de nivel superior. Eso vale en el ámbito de cada proceso de por sí, si se confrontan los resultados que se obtienen con el uso de las pruebas científicas con aquellos que se obtendrían sin estas pruebas, y vale también en el nivel general de la administración de la justicia. Se puede decir, entonces, que el uso probatorio de la ciencia permite alcanzar un nivel superior de justicia de las decisiones judiciales, precisamente porque permite alcanzar un nivel más alto de veracidad de las decisiones relativas a los hechos. De acuerdo con este perfil, la aplicación de la ciencia representa un importante factor de aumento del grado de legalidad que se realiza en un ordenamiento.

Como se ha dicho anteriormente, la evolución rápida de los métodos de investigación científica y la ampliación de lo que se considera como ciencia hacen que los conocimientos y las técnicas científicas encuentren cada vez más frecuentemente aplicaciones en numerosos procesos civiles y penales. Vale la pena destacar un sector en el que el uso de las técnicas de investigación científica manifiesta una importancia extraordinaria: la tutela de los derechos humanos. Los ejemplos son cuantiosos y basta con citar algunos para darse cuenta de la relevancia del fenómeno. El problema de la averiguación de la paternidad real de los niños robados a los desaparecidos argentinos era insoluble en el pasado, pero se ha tornado resoluble ágilmente hoy mediante los test del ADN (particularmente eficaces si se trata del ADN mitocondrial); los mismos análisis son esenciales para identificar los restos de miles de personas asesinadas durante la guerra civil en Yugoslavia y proveen las pruebas decisivas de las que se sirvió el Tribunal Penal Internacional; la fotografía satelital sirve para comprobar si hubo destrucciones en perjuicio de poblaciones, como por ejemplo en Darfur, y también estos instrumentos son útiles como pruebas ante los tribunales internacionales. El análisis estadístico conducido con método científico también resulta útil para establecer la entidad y las modalidades con que se han cometido crímenes violatorios de los derechos humanos, así como es esencial la aplicación de los métodos de la antropología forense.

Lamentablemente, los ejemplos no terminan aquí, porque la violencia y la matanza afectaron a miles de personas en muchos países y es imposible recordar en este trabajo el trágico elenco de las infinitas situaciones en las que sucedieron y siguen sucediendo. No obstante, vale la pena subrayar un aspecto que en la situación presente parece particularmente importante: la aplicación de indagaciones científicas es el instrumento mediante el cual se revelan mentiras y se eliminan muchas impunidades de aquellos que se mancharon con matanzas, homicidios y torturas. Por otro lado, también los familiares de las víctimas y, en general, la opinión pública, tienen un interés muy alto en conocer el destino de muchas personas, así como existe un interés general en saber acerca de fases decisivas de la historia social y civil de muchos países, con particular referencia a las violaciones de los derechos fundamentales. Así, la ciencia se torna un factor importante para el descubrimiento de la verdad histórica en un sinnúmero de situaciones en las que la conveniencia política llevaría a provocar que esa verdad no sea descubierta con certidumbre y, entonces, pueda olvidarse fácilmente. Por el contrario, en este sentido la ciencia constituye un potente remedio contra el olvido.

El incremento del uso de la ciencia como medio para la averiguación judicial de los hechos reduce proporcionalmente la referencia al sentido común y a los medios de prueba tradicionales y, como se dijo, permite alcanzar un grado más elevado de veracidad en las decisiones sobre los hechos, ya sea en los casos individuales en los que se aplican las nociones científicas, o bien, en general, en el ámbito de la impartición de la justicia. Esta tendencia tiene, por tanto, muchos aspectos positivos, pero implica también uno que otro riesgo. El peligro principal consiste en la eventualidad de que la función decisoria que corresponde al juez sea, de hecho, atribuida al experto que provee las nociones y las evaluaciones científicas que se necesitan para la corroboración de los hechos. Desaparecería, en otras palabras, el papel que es propio del juez, si éste se limitara a incorporar las opiniones del experto adecuándose a tales opiniones y modelando su decisión final. Es verdad que, como normalmente se dice, el juez es el *peritus peritorum* y, por tanto, le

corresponde la tarea de decidir sobre los hechos sobreponiendo sus propias evaluaciones a las del asesor técnico, y eventualmente formulando evaluaciones y juicios diferentes y contrastantes con los del asesor. La aplicación de la fórmula tradicional, sin embargo, no es resolutoria; se trata de ver si concretamente el juez es capaz de obtener una decisión independiente, no directamente subordinada al resultado de la asesoría técnica, o si se conforma con uniformar su opinión con la del experto.

Respecto de este problema, emerge una paradoja: el juez utiliza el auxilio del asesor técnico justamente cuando la decisión sobre los hechos requiere nociones y evaluaciones de carácter técnico o científico que el juez mismo no posee o no está capacitado para formular, pero luego se atribuye al juez la tarea de evaluar críticamente lo que el asesor dijo, llegando eventualmente a una decisión distinta o contrastante con la opinión del asesor. En otras palabras, el juez debe aplicar conocimientos científicos que regularmente no domina, pero luego debe ser capaz de evaluar la validez científica y el fundamento de estos conocimientos. Sin embargo, la paradoja es sólo aparente, pues cuando se dice que corresponde al juez la función de *peritus peritorum* no se entiende que él deba sustituir al asesor técnico desarrollando de nuevo la actividad —que pudo haber requerido investigaciones, búsquedas, experimentos y cálculos— que el asesor realizó con el fin de formular sus propias conclusiones. Si así fuese, y si el juez estuviera capacitado para hacerlo, el servicio del consultor sería inútil y se estaría ante una suerte de juez-científico que en realidad no existe. Lo que el juez tiene que hacer, entonces, es no repetir lo que el asesor ya hizo, sino evaluar si esto corresponde a los criterios y los métodos que determinan la validez de los conocimientos científicos de los que se trata. Sustancialmente, el juez tiene que calificar si el asesor aplicó válidamente las metodologías necesarias y si formuló evaluaciones con base en nociones científicamente convalidadas.

De esta forma, se soluciona la paradoja de la que se habló: el asesor técnico y el juez desempeñan dos funciones diferentes. El asesor provee al juez los conocimientos científicos que necesita para decidir sobre los hechos, y el juez tiene que formular

autónomamente la decisión final, utilizando los conocimientos provistos por el experto, si piensa, tras una necesaria evaluación crítica, que éstos son válidos. Es claro, no obstante, que para desempeñar adecuadamente esta función de control y de verificación del fundamento científico de los conocimientos meta-jurídicos que hacen falta para la decisión sobre los hechos, el juez tiene que poseer una amplia cultura. Él no sustituye al científico, pero tiene que evaluar si lo que éste dice corresponde a los criterios de validez que la buena ciencia aplica en aquella área de conocimiento. Si eso no ocurre, el juez delega de hecho al científico la decisión sobre los hechos de la causa.

Se trataría, evidentemente, de un fenómeno muy negativo, tanto como para perturbar la dinámica ideal de la decisión judicial, pero parece evidente que eso pueda evitarse sólo cuando la formación profesional y cultural del juez incluye conocimientos adecuados de carácter epistemológico que son necesarios para que el juez pueda desempeñar efectivamente su función de *peritus peritorum*. El juez *gatekeeper*, del que habla la decisión del caso Daubert, es culto científicamente, debe ser capaz de aplicar los criterios de cientificidad que distinguen la ciencia buena de la *junk science*, y eso vale, en general, para cualquier juez y en cualquier proceso en el que la decisión correcta y verdadera sobre los hechos requiera el uso de conocimientos científicos.

Como se ha subrayado varias veces, la tendencia general que está dándose y parece destinada a crecer en intensidad va hacia la aplicación cada vez más frecuente y más decisiva de pruebas científicas como medios necesarios para la averiguación veraz de los hechos de la causa. Eso implica que el juez será llamado cada vez más seguido a desempeñar la función de control de la validez científica de los conocimientos metajurídicos que usa como fundamento de la decisión. Eso significa, además, que el juez del futuro, pero también el de hoy, debe poseer una cultura extrajurídica de profundización no inferior a la de su cultura jurídica. Se trata, evidentemente, de una condición no fácil de realizar, porque involucra una transformación profunda con respecto del modelo tradicional del juez jurista, que tiene que poseer una cultura

técnico-jurídica, pero por lo demás, es decir, por lo que se refiere a su cultura extrajurídica, es simplemente un *quisque de populo*. Hace falta, en cambio, pensar en la formación de un juez dotado de cultura general suficiente para permitirle desarrollar efectivamente la función de control de la cientificidad de los conocimientos que utiliza, siendo la correcta realización de esta tarea una condición necesaria para la formulación de una decisión autónoma y justificada de los hechos de la causa.

LA FUNCIÓN EPISTÉMICA DE LA PRUEBA

LA FUNCIÓN DE LA PRUEBA

La función de la prueba en el contexto del proceso se define en modos distintos según la concepción del proceso y la finalidad hacia la cual se orienta, la que se adopta de vez en vez. Eso es válido para cada tipo de proceso (civil, penal, administrativo o constitucional), puesto que cada uno puede ser construido —por las normas que lo regulan— de maneras diferentes y puede ser objeto de distintas perspectivas teóricas.

A. Si, por ejemplo, se adopta una concepción ritualista del proceso, según la cual éste se considera como un rito que se celebra con ciertas modalidades, en lugares específicos y con sujetos normalmente vestidos de maneras extrañas (con togas negras o de colores, encajes, pelucas), a veces se dice que en realidad el proceso no es sino una especie de representación teatral, y eso conlleva consecuencias relevantes.

Por un lado, la función de la representación consiste esencialmente en legitimar la decisión ante los ojos del público que presencia el rito, de modo que esa decisión sea aceptada socialmente (en este sentido van las numerosas tesis propuestas, por ejemplo, recientemente, por Garapon, Chase; antes, por Luhmann y los teóricos de la *procedural justice*). Según este enfoque, lo que cuenta de verdad no es la calidad o el contenido de la decisión, que no son ni siquiera tomados en cuenta, sino el procedimiento (es decir, el

rito) que se concluye con la decisión. Es el procedimiento, no la decisión, lo que determina la formación del consenso social sobre la resolución de la controversia.

En el ámbito de esta concepción, la prueba no es nada más que una parte —aunque muy importante— del rito. El interrogatorio de los testigos en la audiencia, frecuentemente —sobre todo en el proceso penal— realizado en presencia del público, a veces ante un jurado de ciudadanos designado por el juez o por parte de los abogados (si se adopta el sistema de la *cross examination*), es una parte de la representación ritual o teatral que constituye el centro del proceso. En esta perspectiva, parece evidente que la función de la prueba es ritual y entonces retóricamente persuasiva hacia el público: sirve para mostrar y hacer creer que la decisión final sobre los hechos no es arbitraria, no se toma arrojando los dados o aventando al aire la moneda, sino, precisamente, al final de un rito legitimador. En otras palabras, el procedimiento de creación y asunción de la prueba sirve para crear una apariencia, de un modo sustancialmente no distinto de lo que sucede en una representación teatral. Naturalmente, este fenómeno también puede ser considerado positivo: si el teatro judicial funciona bien, incluso por lo que se refiere a las pruebas, se forma un consenso social positivo, ya que el público se convence de que la justicia es bien administrada, y todos saben que es importante que *justice be seen to be done*. Sin embargo, como ya mencioné, esta forma de pensar deja a un lado la consideración del contenido y de la calidad de la decisión. Un rito eficaz puede legitimar cualquier decisión, incluso la condena de un inocente —como a menudo ocurre— o la absolución de un culpable —como también pasa a menudo—. Pero si el rito es eficaz, la decisión es aceptada y esto es todo lo necesario.

B. Si se concibe el proceso como una competencia verbal en la que se contraponen varias narraciones relativas a los hechos de la causa y que termina con la victoria del narrador que ha sido mejor y más eficaz —como afirman las teorías narrativas radicales a propósito del proceso y de la decisión sobre los hechos—, implica adoptar una concepción retórica de la prueba. En la práctica, la prueba sería un instrumento de persuasión del que los abogados

de las partes se sirven en el proceso para convencer al juez (o al jurado) de dar razón a sus clientes. La narración más persuasiva es la que determina la victoria y condiciona la decisión, pero la eficacia persuasiva de una narración es determinada esencialmente por la eficacia persuasiva de las pruebas que la atañen.

Esta concepción es bastante difundida y no es particularmente extraña, en realidad, es típica de los abogados, quienes participan en la competencia procesal con el fin de influir en la decisión en un sentido favorable, porque en ese caso el abogado obtiene un objetivo consistente en la victoria de su cliente sobre el adversario.

También esta concepción del proceso y de la relacionada función de la prueba deja de lado completamente el contenido y la calidad de la decisión. Si la finalidad que se persigue, al participar en la competencia, es la victoria, se torna particularmente relevante que la decisión sea justa o injusta, veraz o no veraz. En un proceso ocurre, no raramente, que la victoria de una parte esté definida por una decisión injusta y jurídicamente infundada. Pasa a menudo, además, que la victoria vaya a la parte que desarrolló la mejor narración por ser retóricamente más eficaz y persuasiva, sin detectar la eventualidad de que ésta no tenga nada que ver con la realidad de los hechos que dieron origen a la controversia. En un contexto de este tipo, la función de la prueba es puramente retórica, de apoyo a la eficacia persuasiva de una narración.

LA DECISIÓN JUSTA

Si, a diferencia de las concepciones que acabo de mencionar, se concentra la atención en el contenido y en la calidad de la decisión que finaliza el proceso, entonces se puede decir que éste se orienta a resolver una controversia por medio de una decisión justa. La decisión puede considerarse justa no sólo cuando es el resultado de la correcta interpretación de los hechos del caso concreto, sino también, y lo que en este trabajo interesa, cuando se fundamenta en una averiguación verdadera de estos hechos. En otras palabras, dado que en el proceso no entran, normalmente, los

hechos en su realidad material, empírica o histórica (porque ellos ya acaecieron antes o, de todos modos, fuera del proceso), sino que se manejan enunciados o conjuntos de enunciados (narraciones) que describen estos hechos, se trata de establecer la verdad de estas descripciones, es decir, su correspondencia con la realidad de las circunstancias que describen.

De esta forma se asigna al proceso una finalidad epistémica, ya que el descubrimiento de la verdad de las narraciones factuales se configura como una condición necesaria de la justicia de la decisión, y entonces también como un objetivo necesario del proceso. De hecho, hay que considerar que ninguna decisión, por correctas que puedan ser la interpretación y la aplicación de la norma que regula el caso, puede considerarse justa si se fundamenta en una reconstrucción falsa de los hechos. La aplicación de la norma, en efecto, supone una relación entre los hechos correspondientes y las posibles consecuencias jurídicas. Éstas no pueden ocurrir y la norma no es aplicada correctamente como criterio de decisión del caso, sin que haya sucedido el hecho al cual la norma se refiere; pero si eso pasa, es claro que la decisión es injusta porque aplica erróneamente la norma en la falta del necesario supuesto factual.

Sin embargo, una vez establecido que el proceso puede considerarse como una actividad epistémica, por tener que dirigirse hacia la búsqueda de la verdad que atañe a los hechos de la causa, hace falta algún esclarecimiento acerca del concepto de verdad. Ya que en el proceso, como en cualquier otro tipo de experiencia humana, incluso la ciencia, no se descubren verdades absolutas, se debe considerar que la verdad procesal es relativa. Se debe entender este término, empero, correctamente: no se trata de verdad relativa en el sentido del relativismo filosófico radical, por el cual cada sujeto tiene su propia verdad (que, entonces, sería relativa al sujeto), sino en el sentido de que la verdad se fundamenta en informaciones que permiten establecer si un enunciado es cierto porque se fundamenta en datos que lo confirman. En el contexto del proceso, eso significa que la verdad de los enunciados que conciernen a los hechos del caso es relativa a la cantidad y calidad de las pruebas en las que el juez basa su decisión. Se puede, entonces,

observar que la verdad que se obtiene con base en las pruebas corresponde al grado de aproximación que éstas permiten conseguir respecto de la realidad empírica de los hechos. Como se suele decir, la verdad es el norte, es decir, un ideal regulativo que orienta la dirección de la actividad cognoscitiva. Aun suponiendo que el norte nunca se alcance en la práctica, es posible establecer cuánto se puede progresar en la dirección marcada por éste según las circunstancias. En el proceso se puede establecer, según las pruebas, en qué grado, mayor o menor, según el caso, se ha acercado a la correspondencia de los enunciados descriptivos con la realidad que describen. En un contexto conceptual de este tipo es posible entender en qué consiste la función epistémica de la prueba: ésta atañe al hecho de que la prueba sirve, y para esa finalidad se utiliza, como un instrumento de conocimiento en el que el juez se basa para descubrir y establecer la verdad de los enunciados factuales que son objeto de su decisión. En otros términos, la prueba provee al juez los datos cognoscitivos, la información de la cual se sirve para formular esa decisión.

DIMENSIONES DE LA FUNCIÓN EPISTÉMICA DE LA PRUEBA

La función epistémica de la prueba se articula en dos dimensiones, complementarias entre ellas pero conceptualmente distintas.

La primera es heurística y se manifiesta porque la prueba es útil para descubrir qué ha ocurrido con referencia a hechos relevantes de la controversia. Antes de que la prueba sea adquirida, en efecto, sobre los hechos de la causa se pueden formular solamente ilaciones, y se pueden construir narraciones que son solamente hipotéticas, ya que no hay todavía ningún real conocimiento de los hechos. Es con la adquisición de la prueba que se descubre qué ha pasado realmente. Para limitarme a un simple ejemplo, un testimonio puede ser depositado y aceptado con base en la hipótesis de que el testigo conoce un hecho determinado, pero solamente interrogando y auscultando a ese testigo se descubre si el hecho pasó o no, y con qué modalidades —eventualmente distintas de las que se habían supuesto en un principio— ocurrió.

La segunda dimensión es cognoscitiva o demostrativa, ya que la prueba sirve para averiguar que aquel hecho pasó según determinadas modalidades. En otras palabras, la prueba provee los elementos con base en los cuales aquel hecho es reconocido, y al mismo tiempo provee la información que permite considerar verificada o demostrada la verdad de los enunciados que describen aquel hecho. Para usar el mismo ejemplo, son las respuestas dadas por el testigo —admitido que se trata de un sujeto creíble— que permiten al juez (y también a las partes y sus defensores) adquirir el conocimiento del hecho del que habla el testigo, y son las mismas respuestas —en hipótesis consideradas confiables— que dan la demostración de la verdad de los enunciados relativos al mismo hecho. Básicamente, la prueba permite alcanzar un conocimiento demostrado del hecho al que se refiere.

Existe, en general, la prohibición por parte del juez de utilizar su ciencia privada para la corroboración de los hechos de la causa (con la sola excepción de los llamados hechos notorios, de los que el juez puede tener en cuenta sacando el conocimiento de su propia cultura individual, o de la cultura media del tiempo y el lugar en los que formula su decisión). Eso equivale a decir que la prueba constituye un instrumento epistémico exclusivo, siendo la única manera posible con la cual el conocimiento de los hechos puede ser adquirido en el proceso. Ella constituye, además, un instrumento epistémico necesario, visto que, como se dijo, el proceso tiene que dirigirse a la averiguación de la verdad. Entonces, es indispensable adquirir todas las pruebas disponibles, porque en falta de la prueba de los hechos, el juez —quien en los ordenamientos modernos sólo puede limitarse a pronunciar un *non liquet* si un hecho no resulta suficientemente probado— debe, de todos modos, decidir, pero tendrá que hacerlo fundándose en un faltante conocimiento de los hechos, es decir, aplicando la regla de juicio basada en la carga de la prueba (*onus probandi*), en lugar de en el conocimiento de ellos.

CONDICIONES PARA LA FUNCIÓN EPISTÉMICA DE LA PRUEBA

La función epistémica de la prueba puede realizarse efectivamente si en el contexto del proceso se dan varias condiciones que vale

la pena indicar sintéticamente, sobre todo porque pasa a menudo que alguna de éstas no esté realmente asegurada.

A. Tiene que aplicarse el principio inclusivo de relevancia que en el proceso equivale a la regla epistémica fundamental según la cual todas las informaciones útiles para averiguar la verdad de un enunciado deben poder ser utilizadas. Se trata, finalmente, de la regla epistémica de completitud de las informaciones. La versión procesal de este principio epistémico equivale a la regla por la cual todas las pruebas relevantes para la averiguación de los hechos de la causa deben ser admitidas. Esta regla parece ser intuitivamente obvia, siendo claro que el mejor modo para establecer si un enunciado de hecho es falso consiste en utilizar todas las informaciones, es decir, todas las pruebas. Si alguna información relevante llega a faltar, o no se usa, la consecuencia es que se torna menos confiable, y entonces podría no ser verdadera la afirmación acerca del hecho del que se decide. Por lo tanto, no es casual que el principio por el cual las pruebas relevantes deben ser admitidas y adquiridas en el proceso existe —en términos más o menos claros y explícitos— en todos los ordenamientos procesales. Sin embargo, es notorio que en muchos ordenamientos —probablemente en todos— la disciplina procesal de las pruebas es constituida por reglas de exclusión, es decir, reglas que prevén la inadmisibilidad de determinadas pruebas, o bien, a veces, la imposibilidad de probar determinados hechos.

Estas reglas son muy diferentes según el ordenamiento procesal que se considere, lo cual debería hacer pensar que con toda probabilidad no son para nada necesarias si un ordenamiento no incluye la regla de exclusión que existe en otro ordenamiento y éste, en cambio, incluye una regla de exclusión que no existe en el primero. Sin embargo, estas reglas existen y contradicen la notoria opinión de Jeremy Bentham según la cual la mejor disciplina legal de las pruebas es la que no existe, siendo suficiente una aplicación racional del principio de relevancia para establecer cuáles pruebas deben ser admitidas en juicio. Como la función de estas reglas es evitar que se adquieran pruebas que, de otra forma, serían útiles para la averiguación, parece evidente que tienen una función

antiepistémica, ya que limitan —o hasta inhiben— la adquisición de pruebas relevantes y, entonces, condicionan negativamente —o impiden del todo— la corroboración de la verdad. No es el caso analizar si y de qué modo estas reglas tienen alguna justificación jurídica. En la mayoría de los casos, no tienen ninguna justificación racional; son, a veces, residuos de la historia de los sistemas probatorios o son previstas y aplicadas para fines que no tienen nada que ver con la búsqueda de la verdad (como pasa cuando se excluyen pruebas relevantes por razones de economía procesal). Además, las hipótesis más evidentes son aquellas en las que se excluye la prueba de determinados hechos con la finalidad de tutelar secretos de naturalezas muy distintas (profesionales, de Estado, de religión, etcétera) y reglas de este tipo sirven para la protección de intereses que son totalmente ajenos al interés general que justifica la posibilidad de averiguar en el proceso la verdad de los hechos.

Hay que considerar también que las reglas que excluyen la admisibilidad de pruebas relevantes entran en contraste con una de las garantías fundamentales de las partes en el ámbito del proceso. Se trata del derecho a la prueba, que ya es reconocido generalmente como un aspecto esencial de las garantías de la acción y la defensa en el juicio: la implementación de este derecho implica que cada parte puede llevar, hacer admitir y hacer evaluar por el juez todas las pruebas (obviamente, relevantes) que le hagan falta para demostrar la verdad de los hechos en los que se fundaron sus peticiones o excepciones.

Un sistema probatorio en el cual la función epistémica de la prueba pueda encontrar una aplicación efectiva debería, por lo tanto, seguir la indicación de Bentham y dejar fuera cualquier regla de exclusión de pruebas relevantes. Quizá —pero también a este respecto se pueden tener dudas— las únicas reglas que podrían ser admisibles en un sistema probatorio moderno son las que establecen la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas, si se admite que los valores que estas normas apuntan a tutelar, como el de la privacidad, son considerados tan importantes como para prevalecer sobre la búsqueda de la verdad de los hechos.

B. El fin de la búsqueda de la verdad sobre los hechos de la causa implica, además, que no haya normas de prueba legal, es decir,

normas que obliguen al juez (y a las partes) a considerar como ciertos unos hechos, independientemente de cualquier juicio relativo al valor de las pruebas en cuestión sin que el juez pueda formular una evaluación efectiva acerca de la verdad o falsedad de los enunciados que conciernen esos hechos. En verdad, es notorio que las normas de prueba legal vinculan *a priori* al juez a que se contente con una verdad puramente formal (que nace, por ejemplo, de un juramento, de una confesión o de un acto público), impidiéndole decidir si esta búsqueda corresponde con la verdad efectiva de los hechos. En otros términos, las normas de prueba legal impiden la búsqueda y el descubrimiento de la verdad real de los enunciados que conciernen a los hechos de la causa.

No obstante, cabe subrayar que cuando se afirma la necesidad de que el juez esté libre de evaluar discrecionalmente la eficacia de las pruebas sin sufrir ningún vínculo, no se quiere atribuir al juez un poder arbitrario dirigido a la formulación de un convencimiento puramente subjetivo, incontrolable e irracional, como el que se le concede cuando se dice que la evaluación de las pruebas y la averiguación de los hechos deben fundarse exclusivamente en su *intime conviction*. Por el contrario, cuando se habla de libre convencimiento o de evaluación fundada en las reglas de la sana crítica se hace referencia a la necesidad de que el juez formule una evaluación racional de la eficacia de las pruebas. Ésta debe desarrollarse y fundarse en un razonamiento lógicamente estructurado, mediante una o más inferencias lógicamente controlables. En sustancia, la certeza íntima no garantiza que la evaluación de las pruebas conduzca al juez a descubrir la verdad de los hechos.

C. En la adopción y en vista de la evaluación racional de las pruebas, tiene que asegurarse, con adecuados medios procesales, la contradicción entre las partes. Esta necesidad llega no sólo de las garantías fundamentales de la defensa, en función de las cuales cada parte debe tener la posibilidad de participar en la aportación de las pruebas y de opinar acerca de su evaluación antes de que el juez formule su decisión final. Se justifica sobre todo por motivos de carácter epistémico. La contradicción es, de hecho, considerada comúnmente como un método que, tanto en el proceso como

fuera de él, permite someter a la crítica y a la discusión cualquier hipótesis relativa a la verdad de un hecho y, por tanto, contribuye a hacer posible que esa verdad se averigüe de modo completo y controlado críticamente, sobre todo por lo que se refiere a la evaluación racional de las pruebas.

En el contexto del proceso, eso implica que las partes pueden: 1) formular objeciones y contestaciones preventivas acerca de la relevancia de las pruebas llevadas por las partes o dispuestas de oficio por el juez; 2) traer pruebas contrarias con respecto a éstas; 3) participar en la adopción de todas las pruebas admitidas; 4) una vez procesadas las pruebas, discutir acerca de su confiabilidad y de la evaluación que el juez deberá formular al respecto. Es mediante estas actividades, en efecto, que la contradicción de las partes puede exteriorizarse efectivamente como método de control de las modalidades con las que se adquieren y evalúan los elementos de prueba que sirven para la decisión final sobre los hechos.

D. Con el fin de que la prueba pueda realmente desempeñar su función epistémica, hace falta que su confiabilidad sea cuidadosamente verificada, también, como se dijo, mediante la participación crítica de las partes. En particular, hace falta que sea controlada la credibilidad de los testigos y, por lo tanto, es necesario que la disciplina del proceso incluya el método más adecuado para su interrogatorio, de modo que se permita verificar si el testigo dice o no la verdad. Una convicción común, que se basa también en la autoridad de Wigmore, va en el sentido de que la *cross examination* es particularmente eficaz para este fin, pero no se puede dejar de lado que también una participación activa del juez en la profundización del interrogatorio sobre los hechos es necesaria, incluso con la finalidad de evitar las deformaciones que el interrogatorio puede sufrir si es realizado sólo por los abogados de las partes.

Se torna necesario, además, disponer de procedimientos adecuados, no formalistas pero eficaces, para el control de la autenticidad de los documentos, públicos y privados y, sobre todo, de las relacionadas suscripciones.

Aunque es un tema complejo que no puede discutirse adecuadamente en este espacio, hace falta tener métodos y criterios

rigurosamente controlados para evaluar la validez científica de las informaciones y de los experimentos que se utilizan todas las veces que el juez debe recurrir a pruebas científicas para averiguar o evaluar hechos cuyo conocimiento sale de la cultura media y requiere la intervención de expertos.

E. Es necesario, finalmente, que la decisión que corrobora la verdad de los hechos en su evaluación esté fundada y justificada por el juez en la sentencia que finaliza el proceso. Si eso no sucediera, en efecto, sería imposible establecer si las pruebas han sido evaluadas racionalmente y si dieron al juez elementos de juicio adecuados y suficientes para la decisión sobre los hechos. En otros términos, es la motivación de la sentencia que debe confirmar, al abrir la posibilidad de un control externo sobre el razonamiento del juez, que las pruebas cumplieron efectivamente con su función epistémica, proveyendo las informaciones confiables necesarias para averiguar la verdad. De esto se deriva que la motivación del juicio sobre los hechos debe tener al menos dos características fundamentales: 1) tiene que ser completa, lo que significa que debe involucrar todas las pruebas relacionadas con todos los hechos de la causa, con una justificación específica y analítica de las evaluaciones que el juez formuló a propósito de cada una de las pruebas que han sido adquiridas en el juicio, y 2) el razonamiento que el juez desarrolla en la motivación con el fin de justificar su decisión sobre los hechos debe ser lógicamente correcto, porque sólo de esta manera es posible verificar si la decisión está fundada en buenas razones, tales que hagan entender que llegó a establecer de manera racional la verdad de los hechos.

PRUEBA Y MOTIVACIÓN

LA ELECCIÓN DE LA RACIONALIDAD

El fenómeno de la prueba de los hechos y el de la motivación de la sentencia tienen entre sí una conexión muy estrecha, casi de recíproca implicación, en el ámbito de una concepción racionalista de

la decisión judicial. Trataré de analizar y aclarar algunos aspectos de esta conexión, mostrando cómo no son banales o ya conocidos, sino que son, en cambio, el fruto de elecciones que se colocan en el plano ideológico antes que en el técnico-procesal. Se trata, además, de elecciones que muchos no comparten y que son, de todas formas, objeto de dudas y discusiones.

Antes que nada, cabe subrayar que la adopción de una concepción racionalista —o simplemente racional— de la decisión judicial no se puede considerar como una premisa pacífica, que se puede considerar como dada *a priori*. Al contrario, se trata de una elección evaluativa, de carácter esencialmente ideológico, que tiene profundas implicaciones culturales y políticas, como estableció el filósofo Jerzy Wroblewski, al discutir acerca de la ideología legal-racional de la decisión y confrontarla con otras ideologías más generalizadas. Como trataré de mostrar, sólo si ésta es compartida coherentemente en todos los ámbitos, se puede decir que el sistema de impartición de la justicia se inspira a una ideología racional de la decisión judicial.

En un primer y más general ámbito, la elección a favor de una concepción racional de la decisión judicial puede efectuarse —o no— por parte de la sociedad en su conjunto, es decir, en el ámbito de la cultura y del sistema político de una determinada sociedad. Para aclarar este punto, puede ser útil, más que un ejemplo positivo, un importante ejemplo negativo. Considerese la Alemania de la década de 1930. En una situación en la que la cultura filosófica se expresaba sobre todo en el pensamiento intrínsecamente nazista de Heidegger y el régimen político se nutría de los irracionalismos más diferentes como la *Heimat*, el *Volkgeist* y la “sangre alemana”, era simplemente imposible que se pensara en una concepción racionalista de la decisión judicial. Surgieron, entonces, concepciones del juicio según las cuales no tenía sentido pensar racionalmente en la prueba de los hechos, ya que cualquier criterio de decisión estaba destinado a ser arrinconado en nombre del único valor posible de referencia, constituido por la voluntad del *Führer*. No es que en aquel contexto se pensara en una administrativización de la justicia civil, la que habría significado la anulación

de cualquier garantía procesal y la sumisión de las partes al arbitrio del juez, pensado como *longa manus* del poder absoluto del Estado.

Por demás, no parece siquiera indispensable pensar en ejemplos tan extremos. Una preferencia más o menos marcada por cualquier forma de irracionalismo está presente, de hecho, en estas últimas décadas, en muchas vetas de la cultura posmoderna, y se manifiesta con especial evidencia todas las veces que se devalúa —o se califica como falta de sentido— el problema de la verdad, en general y en sus manifestaciones procesales, y todas las veces que el sistema político simplemente no se interesa en los modos y los criterios con los que se administra la justicia. Por lo que se refiere a la devaluación del problema de la verdad, el ejemplo más importante es el pensamiento de Richard Rorty. La desatención del sistema político hacia los criterios de impartición de la justicia es muy común, como lo es la falta de elecciones precisas en torno a las funciones y a las finalidades del proceso, civil y penal. La falta de elecciones claras implica que el valor de la racionalidad no se incluye en la tabla de valores que se cree que debe inspirar la acción social y, por tanto, también la acción de los jueces. Análogamente, la indiferencia del sistema político para la averiguación racional de los hechos en juicio —cuando no degenera francamente en oposición a que los jueces establezcan la verdad, como sucede sobre todo cuando ellos indagan y juzgan acerca de políticos— abre el camino a ideologías no racionales de la actividad del juez.

En un segundo ámbito, la concepción racional de la decisión puede ser o no objeto de elección por parte del legislador. La señal de esta elección se halla en las normas relacionadas con las pruebas, sobre todo con las que conciernen a su evaluación, y en las normas que prevén la obligación del juez de motivar sus decisiones. Por ejemplo, un ordenamiento que todavía prevea normas de prueba legal —y en la medida en que las prevea— no adopta una concepción racional de la decisión, porque la evaluación posiblemente racional de las pruebas que el juez podría efectuar en el caso concreto sustituye a una determinación general y abstracta

ejecutada por el legislador. Esta elección no está apuntada a una averiguación racional de la verdad de los hechos, ya que las normas de prueba legal apuntan a constituir *ex ante* una suerte de certeza puramente formal que no tiene nada que ver con la verdad. El ejemplo más claro se encuentra en las normas que —en Italia, por ejemplo— aún prevén el juramento decisorio, una prueba legal que representa el último residuo histórico de las ordalías y que determina el resultado de la controversia con modalidades que no tienen nada de racional.

Aún más, un ordenamiento que contenga numerosas y significativas reglas de exclusión de medios de prueba que serían relevantes no se inspira a una concepción racional de la decisión, porque cierra el paso al ingreso en el proceso a pruebas que serían útiles para una corroboración racional de la verdad de los hechos. Hay que notar que numerosos ordenamientos incluyen varias formas de este tipo, aunque ellas son distintas en los ordenamientos de *civil law*, como Francia e Italia, y en los ordenamientos de *common law*. En general, se puede decir que la cantidad y la incidencia de las normas de exclusión de las pruebas marcan la medida de la distancia de cada ordenamiento del valor constituido por la verdad de los hechos, y por tanto de una concepción racional de la decisión. Una concepción racional es adoptada, al contrario, cuando se aplica el principio —ya indicado por Bentham— por el cual todas las pruebas relevantes deberían ser admitidas, porque el uso de todas éstas maximiza la posibilidad de que se logre una reconstrucción veraz de los hechos.

Sin embargo, hace falta señalar que ambas condiciones, la admisión de todas las pruebas relevantes y su evaluación discrecional por parte del juez, son necesarias, pero pueden no ser suficientes para orientar un ordenamiento en el sentido de una concepción racional de la decisión judicial. Al respecto, el problema fundamental es el del llamado principio del libre convencimiento del juez (equivalente a la *freie Beweswürdigung* alemana o a la evaluación según las reglas de la sana crítica de los ordenamientos de lengua española). El hecho de que el juez esté libre de utilizar su propia razón en la evaluación de las pruebas es una condición indispensable

para una averiguación de la verdad de los hechos, pero eso no ocurre cuando el principio en cuestión se interpreta, como pasa a menudo, según la versión más radicalmente subjetivista del concepto de la *intime conviction*, típico de la tradición francesa, pero difundido en muchos ordenamientos procesales. Según este concepto, la evaluación de las pruebas, y por ende la decisión sobre los hechos, sería el fruto de una persuasión interior, imperscrutable e irreduciblemente subjetiva, que se crea por razones ígnotas en el alma (no necesariamente en la mente) del juez. Es claro, de hecho, que esta interpretación del principio del libre convencimiento del juez representa el fundamento para una concepción radicalmente irracionalista de la decisión sobre los hechos. La elección a favor de una concepción racionalista presupone, al contrario, que el principio del libre convencimiento del juez sea interpretado en el sentido de que la discrecionalidad en la evaluación de las pruebas debe ejercerse según criterios que aseguren su control racional. Eso implica, a su vez, que se adopte una concepción epistémica y no retórica de la prueba, sobre lo cual se hablará más adelante.

Por lo que se refiere a la motivación, parece evidente que el ordenamiento se orienta hacia una concepción racional de la decisión judicial cuando impone a los jueces la obligación de motivar sus propias decisiones. Es notorio que esta obligación existe en muchos ordenamientos, tanto en las normas ordinarias como en los principios constitucionales (por ejemplo, en España, Portugal e Italia), con la consecuencia de que el juez está obligado a proveer una justificación racional de su propia decisión. Hay que tener en cuenta que, sin embargo, el factor de racionalización implícito en la obligación de motivar la decisión judicial no existe siempre y no siempre es eficaz. Por un lado, de hecho, hay ordenamientos (por ejemplo, el estadounidense) en los cuales las obligaciones de motivar no existen y, de hecho, las sentencias de primer grado, en las que se averiguan hechos con base en pruebas, normalmente no están motivadas. En especial, el *jury* norteamericano no motiva nunca su veredicto, que, por tanto, queda siempre falto de fundamento racional. Por el otro lado, hay que considerar también que en varios ordenamientos (por ejemplo, el de Italia) existe la

tendencia a considerar la obligación de motivación como un factor de ineficiencia de la justicia, porque alguien piensa que los jueces derrochan su tiempo escribiendo las motivaciones de las sentencias y a limitar o restringir su aplicación. Esta tendencia no puede ser compartida al menos por contrastar con la garantía constitucional de la motivación, pero su existencia, que a veces encuentra espacio en el nivel legislativo, demuestra cuán escasa puede ser la adhesión a una concepción racional de la decisión judicial. Un perfil ulterior concierne al problema de la completitud de la motivación, pero también acerca de esto hablaré más adelante.

El tercer ámbito en el que se plantea el problema de la elección a favor de una concepción racional de la decisión es el de la ideología y del consecuente comportamiento concreto de los jueces, ya sea en su conjunto o en la perspectiva de cada magistrado. No se puede excluir, de hecho, que los jueces adopten una concepción sustancialmente irracionalista de la decisión judicial y, especialmente, de las decisiones que ellos mismos se encargan de formular. Puede ocurrir, de verdad, que un juez siga una de las varias corrientes culturales que se fundan en premisas filosóficas de tipo irracionalista o que, de todos modos, se oponga a cualquier visión racional del mundo o del conocimiento. En este caso, es muy improbable que el juez, si quiere tener un mínimo de coherencia consigo mismo, se adhiera a una ideología racional de la decisión judicial y, por tanto, oriente su propio comportamiento hacia una racionalización de sus evaluaciones. O bien, puede suceder que un juez no tenga opiniones claras y profundas de tipo filosófico, pero cultive, sin embargo, una concepción irracionalista de su propio libre convencimiento, como aquella que corresponde a la versión radical de la doctrina de la *intime conviction*. Aún más, puede pasar que el juez sea completamente escéptico —de manera involuntaria y no consciente— acerca de la posibilidad de una averiguación racional de los hechos y, por tanto, se sienta legitimado a decidir simple e intuitivamente según su arbitrio. En todos estos casos —pero en muchas otras situaciones análogas se pueden dar— el juez es propenso a pensar que la evaluación de las pruebas y la consiguiente decisión sobre los hechos no son actividades racionales o

racionalizables y, en consecuencia, adoptar, más o menos explícitamente, una ideología no racional de su actividad decisoria.

Por lo que atañe a la motivación de la sentencia, este juez será propenso a no tomar en serio el relativo deber, o de todas formas a no entenderlo en un sentido racional. Eso podrá inducirlo a redactar una motivación ficticia —una *Scheinbegründung* como aquella que los canonistas sugerían a los jueces eclesiásticos para que éstos no debilitaran la autoridad de sus sentencias—, es decir, a confeccionar un discurso que en realidad no contiene ninguna justificación racional de la decisión o, simplemente, a omitir la justificación de la decisión en los hechos, quizá intentando cubrir esta falta con una sobredosis de la motivación en derecho.

LA CONCEPCIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA

La elección de valor entre racionalidad y no racionalidad concierne de manera específica a la concepción de la prueba y de su función en el contexto del proceso y, por lo tanto, merece un análisis más profundo. Esa elección se impone porque con respecto a la prueba y a su función hay concepciones distintas. En ese sentido, el discurso tendría que ser más amplio, pero por exigencias de brevedad se va a reducir a sus aspectos esenciales.

Antes que nada, la función y la naturaleza de la prueba son concebidas de formas diferentes según el modo en que se configura la finalidad fundamental del proceso, civil o penal. Si se parte, como hacen muchos, de la premisa de que el proceso es orientado exclusivamente a solucionar controversias, no se considerará relevante la calidad de la decisión que pone fin al conflicto; la sola cosa que se requiere es que la decisión sea eficiente en ese sentido, es decir, en el sentido de acabar con el litigio entre las partes. Se piensa, de hecho, que la búsqueda de la verdad es no sólo inútil, sino incluso contraproducente, justo porque requiere el uso de tiempo y actividades procesales necesarias para la adquisición de las pruebas. En esta perspectiva, la naturaleza y la función de la prueba quedan indeterminadas. A lo mucho, se identifica en ella una función retórica,

como indicaré más adelante. Nótese que esta concepción de la función del proceso es muy común: caracteriza, efectivamente, la mayoría de las teorías del *adversary system* y está presente en todas las concepciones que se remontan a la idea de *procedural justice*.

Las cosas están completamente de otra manera si se piensa que la función del proceso es resolver la controversia, pero por medio de la formulación de decisiones justas. La justicia en la decisión no presupone sólo su legalidad, es decir, la derivación de una correcta interpretación y aplicación de las normas, sino también la veracidad, esto es, la averiguación de la verdad de los hechos relevantes. La razón fundamental de ello es que ninguna decisión puede considerarse justa si se funda en una averiguación falsa o errónea de los hechos de la causa. El problema de la verdad de los hechos en el proceso es muy complejo y no se puede tratar en todos sus aspectos. Sin embargo, se puede destacar algo con el fin de aclarar en qué consiste la concepción racional de la prueba.

Es útil especificar que en el proceso se puede discutir sólo de verdades relativas, porque desde hace tiempo las verdades absolutas quedan como patrimonio exclusivo de alguna metafísica o de alguna religión fundamentalista. La verdad procesal es, sin embargo, relativa en otro sentido importante, en el de que se funda exclusivamente en las pruebas que se adquieren en el proceso y, por lo tanto, al grado de confirmación que las pruebas son capaces de atribuir a los enunciados que conciernen a los hechos de la causa. Puede haber, entonces, grados diferentes de verdad en la averiguación de los hechos, de acuerdo con el fundamento que las pruebas atribuyen a la afirmación de que esos hechos son ciertos o falsos.

Desde otro punto de vista, hay que precisar que la verdad de la que se habla en el proceso se debe concebir (sin caer en formas de realismo ingenuo) como una aproximación de la reconstrucción procesal de los hechos a su realidad empírica o histórica. Sin entrar aquí en uno de los problemas más complejos que conciernen al concepto de verdad, puedo limitarme a decir que el proceso implica la adhesión a una concepción correspondentista de la verdad, justamente porque exige que se averigüe, con base en las pruebas disponibles, si han ocurrido —en el mundo “externo”, que se presupone

existente o cognoscible— los hechos de los que depende la subsistencia de las posiciones jurídicas que son objeto de controversia. Eso lleva a rechazar que sea verdaderamente aplicable en el contexto procesal — pese a la existencia de una literatura bastante extensa en este sentido— una concepción radicalmente narrativa de la verdad, según la cual la verdad de un enunciado factual podría depender solamente de su coherencia con otros enunciados en el ámbito de una narración que se presume como la única dimensión en la que tiene sentido hablar de los hechos. Al respecto, se puede observar que, si bien es cierto que en el proceso los hechos entran en forma de enunciados, y que las narraciones factuales son muy importantes en toda la dinámica del procedimiento, eso no transforma el proceso en una suerte de concurso literario en el cual se premia la narración más coherente. En realidad, el proceso queda en una situación en la que se tiende a establecer cuál es la narración más cierta en cuanto confirmada por pruebas disponibles, porque es en la confirmación probatoria de la verdad de los hechos que está la condición fundamental de justicia de la decisión.

Estos problemas, que merecerían un análisis mucho más profundo, son de todas formas relevantes con el fin de entender la naturaleza y la función de la prueba en el contexto del proceso. Simplificando también aquí un panorama mucho más complejo, se puede decir que existen dos concepciones principales de la prueba: la que la considera un instrumento de persuasión y, por ende, define su función como retórica, y la que la considera un instrumento de conocimiento y, por tanto, hace hincapié en su función epistémica.

La primera concepción se pone fuera de cualquier perspectiva racional, ya que toma en consideración solamente la función persuasiva de la prueba. La persuasión retórica, no obstante, es un fenómeno que se pone exclusivamente en el plano de los hechos psicológicos (fulano está o no está persuadido de que la Tierra es plana y el Sol gira en torno a ella), y deja de lado completamente la racionalidad de los argumentos que apoyan o contrastan la creencia de un sujeto. En realidad — como muestra la experiencia de los

mass media— sucede a menudo que instrumentos de persuasión irracional se usan eficazmente con el fin de crear estados mentales —es decir, convicciones— en aquellos que sufren su influencia.

Sin embargo, hay al menos una perspectiva en la cual se puede decir que en el proceso la prueba desempeña una función persuasiva: es la del abogado, el cual se sirve de la prueba para persuadir al juez para que reciba la solución favorable para su cliente y no está mínimamente interesado en que la decisión favorable se funde o no en la verdad de los hechos. Al contrario, el abogado está interesado en que la verdad no sea averiguada, cuando ella podría llevar a su derrota. En realidad, la finalidad que el abogado persigue es ganar, no el descubrimiento de la verdad; entonces, no es extraño —más bien, es psicológico, conductual, comprensible, fisiológico— que el abogado utilice la prueba con el fin de persuadir al juez para que le dé la razón. No obstante, queda por demostrar si el punto de vista del abogado es el único posible o capaz de explicar la naturaleza y la función de la prueba. Por el contrario, si se considera que una de las funciones fundamentales del proceso consiste en llegar a la mejor aproximación posible a la realidad de los hechos, parece evidente que la función persuasiva de la prueba, si bien existe, no es idónea para definir la naturaleza de ésta. Desde el punto de vista de los protagonistas del proceso, se ve claramente que la perspectiva más importante es la del juez, pues él no debe persuadir a nadie, sino que tiene el deber de formular decisiones justas fundadas en una reconstrucción veraz de los hechos de la causa.

La segunda concepción de la prueba toma como premisa que, como se dijo, el proceso tiene que estar orientado hacia la búsqueda y la averiguación de la verdad de los hechos. Además, arranca de la ulterior premisa según la cual la verdad de los hechos no sería el resultado de algún tipo de actividad imperscrutable que sucede en la interioridad del juez —como, en cambio, afirma la versión radical de la *intime conviction*— sino que es el resultado de una actividad cognoscitiva que se articula en pasos controlables como la recolección de información, la verificación de su confiabilidad, el análisis de su relevancia y la formulación de inferencias lógicamente

válidas que llevan a conclusiones racionalmente justificadas. En otras palabras, la verdad no emana de una misteriosa intuición individual, sino de un procedimiento cognoscitivo articulado y verificable de manera intersubjetiva.

En esta perspectiva, la prueba cumple con su función epistémica porque se configura como el instrumento procesal que típicamente es útil a los jueces para descubrir y conocer la verdad en torno a los hechos de la causa. Específicamente, la prueba es el instrumento que provee al juez la información que necesita para establecer si los enunciados sobre los hechos se fundan en cimientos cognoscitivos suficientes y adecuados al fin de que se consideren como verdaderos. La función de la prueba es, entonces, racional porque se ubica en el interior de un procedimiento racional de conocimiento y está dirigida a la formulación de juicios de verdad fundados en una justificación racional.

Un aspecto relevante del carácter racional de la prueba es el que surge cuando se discute la evaluación de las pruebas y la existencia de estándares en función de los cuales es lícito afirmar que un hecho fue probado. De acuerdo con el primer perfil, hay que referirse a la extensa literatura que —aun utilizando modelos y perspectivas metodológicas distintas— tiende a desarrollar el análisis de los modelos racionales del juez en torno a los hechos. Tanto cuando se hace referencia a las teorías cuantitativas de la probabilidad y al teorema de Bayes, como cuando se hace referencia a la probabilidad lógica y a los modelos de razonamiento inferencial, existe, de todas formas, una postura común que apunta a interpretar el razonamiento probatorio del juez según modelos de evaluación racional de las pruebas fundados en inferencias y cadenas de inferencias lógicamente válidas. No es necesario entrar en la discusión analítica de estos modelos; hay que subrayar, sin embargo, que las diferentes teorías referidas tienen en común el rechazo de las concepciones irracionalistas según las cuales la evaluación de las pruebas sería simplemente un acto de intuición subjetiva del juez.

De acuerdo con el segundo perfil, hay que tener en cuenta que establecer cuándo un hecho se considera probado no depende,

otra vez, de la simple *intime conviction* del juez, sino de la aplicación de criterios que se consideran racionales y que, además, pueden variar de acuerdo con el tipo de proceso y con el tipo de decisión de la que se trata. Cuando, por ejemplo, se afirma que en el proceso penal la prueba de la culpabilidad del imputado debe establecerse “más allá de toda duda razonable” o que debe alcanzar un grado de fundamento igual a una “altísima probabilidad” o a la “certeza práctica”, se hace referencia a criterios de medición del grado de confirmación probatoria de la culpabilidad que, de todos modos, presuponen un fundamento racional, basado en las pruebas, del juicio sobre los hechos. Análogamente, cuando se afirma que en el proceso civil está vigente el estándar de la “probabilidad prevalente” o del “más probable que no”, se vincula el juicio positivo del hecho a un análisis comparativo de las varias hipótesis que lo atañen de acuerdo con el perfil de la confirmación que ellas respectivamente reciben de las pruebas disponibles. Eso necesariamente presupone el uso de criterios racionales de evaluación.

De todos modos, el problema de los estándares probatorios que se aplican en los varios tipos de proceso es, en sustancia, del margen de error en la averiguación del hecho que se estima como tolerable; además, la determinación del margen de error tolerable es un aspecto importante de la racionalidad de la decisión.

Finalmente, hace falta también tener en cuenta un fenómeno que en los últimos años ha estado tomando relevancia, en todos los ordenamientos, en el contexto de la prueba de los hechos. Se trata de las pruebas científicas, del uso de métodos científicos como instrumentos probatorios en el ámbito del proceso. Este tema dio origen a una literatura imponente y también al nacimiento de numerosos problemas que atañen, sobre todo, al control de validez de los conocimientos y los métodos científicos que se utilizan para averiguar la verdad de los hechos en el proceso. No es posible, en este trabajo, hablar del mérito de estos problemas que, sin embargo, tienen una importancia decisiva en los procesos penales y civiles contemporáneos. Se impone, empero, una consideración de carácter general. Por un lado, el incremento en el uso judicial de los conocimientos científicos reduce proporcionalmente la

inevitabilidad del uso del sentido común, con todas la características de vaguedad, incertidumbre, subjetividad y desconfianza de las nociones que lo constituyen; aumenta, entonces, el grado de certidumbre y control de las informaciones de las que el juez puede servirse para la averiguación de los hechos. Por otro lado, se refuerza la convicción de que los hechos de la causa pueden y deben ser corroborados con instrumentos dotados de validez científica y, por tanto, que la actividad decisoria del juez puede y debe ser sustraída al dominio de la irracionalidad subjetiva.

LA MOTIVACIÓN DEL JUICIO DE HECHO

La mayoría de los ordenamientos procesales adoptó una concepción racional de la decisión en el momento en que ha sido impuesta al juez la obligación de motivar sus decisiones. De hecho, si tal obligación se toma en serio y no se piensa en que se pueda satisfacer con motivaciones ficticias, se impone al juez que exponga en la motivación las razones que justifican su decisión. En sustancia, el juez tiene el deber de racionalizar el fundamento de la decisión articulando los argumentos (las buenas razones) en función de los cuales pueda resultar justificada. La motivación es, entonces, un discurso justificativo constituido por argumentos racionales. Obviamente, eso no impide que en ese discurso haya también aspectos de tipo retórico-persuasivo, pero esos aspectos son, de todas formas, secundarios y no necesarios. En realidad, el juez no debe persuadir a las partes, u otros sujetos, de la bondad de su decisión; lo que hace falta es que la motivación justifique racionalmente la decisión.

Acerca del tema de la motivación, es oportuno, sin embargo, desarrollar unas consideraciones ulteriores para esclarecer sus conexiones con el problema de la prueba.

Antes que nada, hay que considerar que en muchos ordenamientos la obligación de motivación de las sentencias constituye una garantía constitucional. La constitucionalización de esa obligación, ya hace tiempo presente en los códigos procesales, implica

una transformación en las funciones que se asignan a la motivación. A la tradicional función endoprocesal, según la cual la motivación de la sentencia tiene la finalidad de facilitar la impugnación y el juicio de impugnación, se agregó, de hecho, una función extraprocesal: la motivación representa, en efecto, la garantía de la controlabilidad del ejercicio del poder judicial fuera del contexto procesal, y entonces por parte del *quivis de populo* y de la opinión pública en general. Eso deriva de una concepción democrática del poder, según la cual el ejercicio del poder tiene que ser controlado siempre desde afuera. En sentido contrario, no se vale objetar que en la práctica este control no siempre puede ser ejercido, pues el significado profundo de las garantías está, en efecto, en la posibilidad de que el control sea puesto en práctica, no en el hecho de que sea efectuado concretamente en cada caso individual.

Si la motivación tiene que hacer posible el control de las razones por las cuales el juez ejerció de cierta manera sus poderes decisorios, entonces se deduce que la motivación debe justificar todas las elecciones que el juez realizó para llegar a la decisión final. Si algunas elecciones quedan faltas de justificación, de hecho, eso implica que el control sobre su fundamento racional no es posible. Se puede hablar, entonces, de un principio de completitud de la motivación, en función del cual la justificación contenida en ella tiene que concernir a todas las elecciones que el juez formuló. En particular, dado que el juez efectúa evaluaciones tanto cuando interpreta la ley como cuando decide sobre las pruebas, la motivación debe proveer la justificación racional de los juicios de valor que condicionaron la decisión.

El principio de completitud de la motivación tiene dos ulteriores implicaciones que interesan de forma particular para el problema de la prueba y del juicio sobre los hechos. La primera es que una motivación completa debe incluir tanto la justificación interna, que atañe a la conexión lógica entre premisa de derecho y premisa de hecho (la subsunción del hecho de la norma) que funda la decisión final, como la justificación externa (la de la elección de las premisas de las que se originó la decisión final). A la justificación externa de la premisa de hecho de la decisión atañen las razones por las que el

juez reconstruyó y averiguó de cierta manera determinada los hechos de la causa. Éstas se refieren en sustancia a las pruebas de las que el juez se sirvió para decidir acerca de la verdad o falsedad de los hechos (en el sentido que se explicó anteriormente).

Entonces, la justificación externa de la averiguación de los hechos implica que el juez debe proveer argumentos racionales relativos a cómo evaluó las pruebas y a las inferencias lógicas por medio de las cuales llegó a determinadas conclusiones sobre los hechos de la causa. En otras palabras: la averiguación de los hechos es o no justificada según las pruebas en las cuales se basa y la racionalidad de los argumentos que conectan el resultado de las pruebas con el juicio sobre hechos.

La segunda implicación del principio de completitud de la motivación con referencia a las pruebas es doble y se puede así formular; por un lado, hace falta que la justificación involucre también la evaluación de las pruebas, porque es evidente que, por ejemplo, establecer si un testigo es o no confiable representa un punto central en la averiguación probatoria de los hechos. Justo por esta razón, el juez tiene que explicar por qué consideró a aquel testigo como confiable o no. Análogamente, el juez debe explicar con base en qué inferencias consideró que un indicio dado lleva a una determinada conclusión relativa a un hecho de la causa. Por el otro lado, y contrariamente a lo que se mantiene en ciertos ordenamientos (por ejemplo, en Italia), es necesario que el juez explicita su motivación no sólo con referencia a las pruebas que evaluó positivamente, de las que se sirvió, por lo tanto, para fundamentar su decisión, sino también, y especialmente, con referencia a las pruebas que juzgó como inatendibles, en especial si éstas eran contrarias a la reconstrucción de los hechos que él mismo elaboró. Admitir que el juez motive sólo con base en las pruebas favorables a su juicio sobre los hechos implica el riesgo del *confirmation bias*, típico de la persona que, al querer confirmar una evaluación propia, selecciona las informaciones disponibles eligiendo sólo las favorables y descartando *a priori* las contrarias, introduciendo así una distorsión sistemática en su razonamiento. De todas maneras, la evaluación negativa de las pruebas contrarias es indispensable

para justificar el fundamento de la decisión. Justamente porque la prueba contraria es el instrumento de control de la validez racional y del fundamento probatorio de toda reconstrucción de hechos, la demostración de su inatendibilidad es una condición necesaria para la confiabilidad de las pruebas favorables a esa reconstrucción.

Hace falta, de todos modos, eliminar una equivocación que surge a menudo en los discursos de la motivación. El malentendido consiste en pensar que la motivación es una grabación del razonamiento que el juez hizo para llegar a la decisión; por lo que se refiere a la motivación del juicio de hecho, ésta sería, entonces, una especie de recuento de lo que el juez pensó cuando admitió las pruebas, las evaluó y de ellas dedujo la decisión final. Se trata, sin embargo, de una concepción errónea, de hecho, pues hay que discernir entre el razonamiento con el cual el juez llega a la decisión y el razonamiento con el cual justifica la decisión. El primero tiene carácter heurístico: avanza según hipótesis verificadas o falsificadas, incluye inferencias aductivas y se articula en una secuencia de elecciones hasta la decisión final en torno a la veracidad o falsedad de los hechos. La motivación de la decisión consiste en un razonamiento justificativo que, por así decirlo, presupone la decisión y está orientado a mostrar que hay buenas razones y argumentos lógicamente correctos para considerarla válida y aceptable. Naturalmente, puede haber puntos de contacto entre las dos fases del razonamiento; el juez que sepa que tiene que motivar será inducido a razonar correctamente aun cuando está evaluando las pruebas y formulando la decisión; el mismo juez, al redactar la motivación, podrá utilizar argumentos e inferencias que formuló evaluando las pruebas y configurando la decisión final. Eso no demuestra, sin embargo, que las dos fases del razonamiento del juez tienen la misma estructura y función, ni mucho menos que una puede considerarse como una especie de reproducción de la otra.

De todos modos, parece evidente que la concepción racional de la naturaleza y la función de la prueba se refleja directamente en la naturaleza y la función de la motivación de la sentencia, y que la concepción racional de la motivación de la sentencia presupone, a su vez, una concepción racional del juicio de hecho y de su

fundamento en las pruebas que el juez consideró. En efecto, si se piensa en el juicio sobre los hechos como el resultado de una *intime conviction* misteriosa e irreduciblemente subjetiva, resulta imposible pensar que esa persuasión sea racionalizable mediante un discurso justificativo lógicamente estructurado. A la *intime conviction* sólo puede corresponderle una falta de motivación o una motivación ficticia.

IDEOLOGÍAS DE LA DECISIÓN SOBRE LOS HECHOS

En las consideraciones que anteceden, debería resultar evidente que en la base del problema de la prueba y la motivación se perfila una dicotomía fundamental que condiciona la entera formulación del problema. Se trata, como se mencionó al principio, de una dicotomía que tiene un carácter esencialmente ideológico y que implica modos distintos de concebir la decisión sobre los hechos y sus implicaciones filosóficas, además de políticas. Se puede expresar esta dicotomía con un referencia a la alternativa fundamental entre irracionalidad y racionalidad, explicitando de modo sintético las respectivas implicaciones.

Racionalidad: prueba como instrumento epistémico; decisión como fruto de inferencias lógicas; verdad-falsedad de los enunciados de hecho; motivación como justificación racional; controlabilidad; concepción democrática del poder.

Al respecto, se puede observar, además de lo que ya se dijo, que resulta evidente una conexión estricta entre ideología racional de la decisión judicial y, en especial, de la decisión sobre los hechos, y la concepción democrática de la impartición de justicia. No sólo, en efecto, la idea de la motivación como instrumento de control externo sobre la justificación de la decisión está conectada con una concepción democrática del ejercicio del poder. También la verdad —como mostraron recientemente los filósofos Michael Lynch y Bernard Williams— es un valor propio de las sociedades democráticas, por estar los regímenes autoritarios fundados sistemáticamente en la mentira y la falsificación. También en el con-

texto procesal, entonces, la verdad sobre los hechos se tiene que considerar como un valor político no renunciable.

El segundo término de la distinción puede enunciarse con una secuencia de palabras como la siguiente:

Irracionalidad: prueba como instrumento retórico; decisión como fruto de intuición subjetiva incognoscible; verdad como coherencia narrativa (irrelevancia de la verdad-falsedad de los enunciados de hecho); motivación como discurso retórico o justificación ficticia; imposibilidad de control sobre el fundamento de la decisión; concepción autoritaria del poder.

Se trata, evidentemente, de formulaciones fuertemente simplificadas, pero tienen la ventaja de mostrar al menos dos cosas. La primera es que se trata de concepciones dotadas de una fuerte coherencia interna, ya que sus diferentes aspectos se componen en grupos armónicos de ideas. La segunda es que, justamente por esta razón, son sustancialmente diferentes y no se pueden superponer ni siquiera parcialmente. Entonces, deberían quedar bastante claros los términos de la alternativa que se pone tanto frente al legislador cuando produce reglas relativas a la prueba y a su evaluación, como a los jueces que aplican estas reglas y también, finalmente, a los estudiosos que las interpretan.

FUENTES CONSULTADAS

- Amsterdam, Anthony G. y Jerome S. Bruner. 2000. *Minding the Law*. Londres: Harvard University Press.
- Bruner, Jerome S. 2002. *Making Stories. Law, Literature, Life*. Londres: Harvard University Press.
- Chase, Oscar G. 2005. *Law, Culture and Ritual. Disputing Systems in Cross-Cultural Context*. Nueva York-Londres: New York University Press.
- Cohen, Jonathan. 1977. *The Probable and The Provable*. Reino Unido: Oxford University Press.
- Cruz Parceró, Juan A. y Larry Laudan. 2010. *Prueba y estándares de la prueba en el derecho*. México: IIF - UNAM.
- Damaska, Mirjan R. 1998. "Truth in Adjudication". *Faculty Scholarship Series*. Paper 1575. Disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1575 (consultada el 20 de junio de 2013).
- Di Donato, Flora. 2008. *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "proceso"*. Milán: Franco Andeli.
- Ferrer Beltrán, Jordi. 2002. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- . 2007. *La valoración racional de la prueba*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- , Marina Gascón Abellán, Daniel González Lagear y Michele Taruffo. 2008. *Estudios sobre la prueba*. México: IJ-UNAM.
- FRE. Federal Rules of Evidence. 2010. Washington: US Government Printing Office.
- Frege, Gottlob. 1892. "Sentido y referencia". *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, nueva serie 100: 25-50.
- Garapon, Antoine. 1997. *Bien jugar. Essay sur le rituel judiciaire*. París: Editions Odile Jacob.
- González Lagear, Daniel. 2005. *Quaestio facti. Ensayos sobre pruebas, causalidad y acción*. Lima-Bogotá: Palestra.
- Haack, Susan. 2009. Evidence and inquiry. *A pragmatist reconstruction of epistemology*. Amherst, NY: Blackwell Publishers.
- Laudan, Larry. 2006. *Truth, Error and Criminal Law, an Essay in Legal*

- Epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lynch, Michael P. 2004. *A review of True to Life: Why Truth Matters*. Cambridge: The MIT Press.
- Taruffo, Michele. 2002. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.
- . 2006. *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Temas S. A.
- . 2009. *La prueba. Artículos y conferencias*. Santiago de Chile: Metropolitana.
- . 2010. *Simplemente la verdad*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- . 2011. *La motivación de la sentencia civil*. Madrid: Trotta.
- Toulmin, Stephen E. 2008. *The uses or argument*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tuzet, Giovanni. 2006. *La prima inferenza. L'abduzione di C. S. Peirce fra scienza e diritto*. Turín: Giappichelli.