

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 2006

PONENCIAS EN
SANTIAGO I

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / Nº 24 / 2006



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:

Agustín Squella

Asistentes del Editor:

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

Comité Consultivo:

Albert Calsamiglia (†) (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (†) (Sao Paulo),
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,
Jorge Iván Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2006

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 24
2006

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Concepción, de Los Andes, de Chile, Diego Portales, y del Mar. Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©
Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I.S.S.N. — 0716 — 7881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2006

PONENCIAS EN
SANTIAGO I

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2005 - 2007)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés, Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín García-Huidobro Correa, Fernando Quintana Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín Squella Narducci, y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325, Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

En 2004, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, tuvo lugar la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía Jurídica y Social, en la que participaron ponentes de ambos países. Dos años más tarde, en 2006, con el auspicio de la Vicerrectoría Académica de la Universidad Diego Portales y de la Facultad de Derecho de esa misma universidad, tuvo lugar la Segunda Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. Este número 24 del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2006, reproduce la ponencia inaugural de la Jornada de 2006, a cargo de Ernesto Garzón Valdés, y las 12 ponencias hechas en sesiones plenarias. Incluye también las palabras que Miguel Orellana Benado, Pablo Ruiz-Tagle y Agustín Squella dijeron en la ceremonia de clausura de la Jornada, momento en que la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social materializó el reconocimiento como Socios Honorarios a Roberto Torretti, Carla Cordua y Ricardo Guibourg.

De las ponencias presentadas en las sesiones plenarias no se incluye aquí la de Fernando Atria, la cual, con una mayor extensión y en forma de libro, fue publicada en 2007 ("Mercado y ciudadanía en la educación", Flandes Indiano, Santiago).

Al final de este número 24 se incluyen las nuevas normas editoriales de nuestra publicación, las cuales regirán a partir del número 26, correspondiente a 2008.

En cuanto al número 25, correspondiente a 2007 y que aparecerá a comienzos de 2008, incluirá las 27 ponencias hechas en sesiones de comisiones de la mencionada Segunda Jornada Chileno Argentina de

"Un crimen tal lesiona en verdad a todos los Estados del mundo y a cada uno de sus ciudadanos. Pues afecta la norma inicial de todo derecho, la prohibición del uso de la fuerza. Esta no es una norma cualquiera del derecho internacional sino que es su fuente, la condición de su posibilidad como derecho. El razonamiento de algunos internacionalistas acerca de la actual 'emergencia' de una nueva norma que permite la guerra preventiva, es decir, la guerra de agresión, es una ceguera teórico-jurídica"³¹.

Según Robbins, cierta clase de juicios de valor, especialmente los de naturaleza ética, debían ser desterrados del campo de la economía. Las comparaciones interpersonales de utilidad, que habían sido consideradas como fundamentales por los teóricos de la economía de bienestar de orientación utilitarista, fueron calificadas por Robbins como "normativas" o "éticas" y, por lo tanto, como "no científicas".

Asumía así una actitud que se apartaba claramente de una tradición filosófica cuyos orígenes se remontan a la filosofía griega, concretamente a Aristóteles, y que, durante el siglo XIX, había tenido representantes tan ilustres como Jeremy Bentham, John Stuart Mill y Henry Sidgwick.

Por cierto, ambas son ciencias normativas en el sentido de que se ocupan de normas; pero, el sistema normativo de la moral es estático mientras que el del derecho es dinámico, es decir, requiere para la creación de sus normas actos volitivos dirigidos a la persecución de fines o a la realización de valores que escapan a todo intento de justificación universalmente válida.

Una visión diferenciada de los procesos de decisión que imponen los conocimientos neurobiológicos [...] sustituiría la conflictiva imputación de 'libertad' graduada y responsabilidad a través de procesos conscientes e inconscientes y abriría un ámbito desprejuiciado para el juicio y evaluación de comportamientos 'normales' y 'desviados'.

31. Reinhard Merkel, "Was Amerika aufs Spiel setzt" en *Die Zeit*, del 13 de marzo de 2003, pág. 41.

PONENCIAS EN PLENARIAS

CONVICCIÓN, JUSTIFICACIÓN Y VERDAD EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA*

DANIELA ACCATINO**

1. *La Racionalidad de las Decisiones Judiciales sobre los Hechos: Un Problema Acuciante de la Filosofía Jurídica Contemporánea*

La convocatoria a estas Segundas Jornadas Chileno Argentinas de Filosofía Jurídica y Social nos invita a reflexionar acerca de los problemas acuciantes que reclaman hoy la atención de nuestra disciplina. Sin duda la pregunta por la racionalidad en el establecimiento judicial de los hechos constituye uno de esos desafíos cruciales y, en buena medida, pendientes.

Aunque a lo largo del siglo XX se discutió intensamente acerca del razonamiento jurídico, los problemas que suscita el razonamiento judicial sobre la prueba permanecieron prácticamente en el olvido. Así, mientras una parte significativa de la producción filosófico jurídica del siglo pasado puede ser interpretada como el intento de dar respuesta a la provocadora representación que el realismo jurídico hizo de las reglas como meros juguetes vistosos, el escepticismo de los realistas frente a

* Este trabajo forma parte de una investigación que cuenta con el financiamiento de FONDECYT (Proyecto N° 11060129).

** Abogada. Lic. en C. Jurídicas (U. de Chile). Doctora en Derecho (U. de Granada). Profesora de Teoría del Derecho (U. Austral de Chile).

la posibilidad de prever y de someter a controles racionales la determinación judicial de los hechos no tuvo la misma suerte como catalizador de la reflexión¹.

Y, sin embargo, la segunda cuestión afecta tan radicalmente como la primera a la inteligibilidad de la tarea judicial como una función de aplicación de reglas generales a casos particulares. Pues un juez aplicará correctamente una regla sólo si impone las consecuencias que ella prevé únicamente en los casos en que efectivamente hayan tenido lugar los hechos que ella identifica en su antecedente². De ese modo, para poder juzgar la corrección conforme a derecho de una decisión judicial es necesario poder establecer bajo qué condiciones resulta razonable aceptar como verdadera, en el contexto del razonamiento judicial, una proposición que afirma la ocurrencia de ciertos hechos.

La relevancia práctica de la reflexión acerca del razonamiento probatorio cobra especial urgencia en un contexto social como el actual, marcado —según parece— por la sensación pública de una emergencia de inseguridad ciudadana, que incluye abiertas presiones dirigidas al

1. Como se dice en la "Introducción" que J. Ferrer Beltrán y D. González Lagier hacen al número que la revista *Discusiones* dedicó en 2003 a la prueba judicial, "ha llegado a ser casi un lugar común comenzar un trabajo sobre teoría de la prueba judicial de los hechos quejándose de la poca atención que los teóricos del derecho (salvo en la cultura jurídica anglosajona) han prestado a estos temas" (p. 7). Sin embargo, como los mismos autores comentan en seguida, hay síntomas que indican que esa tendencia comienza a invertirse. Pueden destacarse en ese sentido los trabajos de los propios Ferrer Beltrán y González Lagier (del primero especialmente *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, y "Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales", en *Jueces para la democracia*, 47, 2003; del segundo "Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)", I y II, en *Jueces para la democracia*, 46 y 47, 2003), los de Marina Gascón (sobre todo *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999) y, en Chile, los de Rodrigo Coloma (por ejemplo, "Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno", en Id. (ed.), *La prueba en el proceso penal*, Lexis Nexis, Santiago, 2003). En el ámbito anglosajón han sido precursores los trabajos de W. Twining (por ejemplo, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Northwestern U. Press, Evanston, 1990).

2. Cfr., en un sentido semejante, Alchourrón, C. y Bulygin, E., "Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico", en Ids., *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 313.

sistema judicial a fin de que atienda a las consecuencias que sus decisiones tienen en el marco de las políticas de control de la delincuencia (como si su criterio de decisión debiera ser no las reglas penales, sino, directamente, la prevención general). Bajo esas circunstancias, resistir —y controlar la resistencia— a la tentación del recurso a formas más o menos radicales de chivos expiatorios que esa presión comporta, supone contar con criterios públicos que permitan determinar si los hechos de la causa han sido racionalmente establecidos.

Por último, además de ser, por las razones expuestas, acuciante, el problema de la racionalidad de las decisiones judiciales sobre los hechos representa un espacio de encuentro entre la filosofía del derecho y la dogmática procesal y, por lo tanto, una oportunidad para realizar el viejo anhelo de la primera de constituirse en un ejercicio filosófico útil para los juristas³. Dos son los principales aportes que a mi juicio cabría esperar de la mirada de la filosofía jurídica en este ámbito. Por una parte, la apertura hacia las discusiones filosóficas generales y, especialmente, la traducción al terreno de la prueba judicial de las contribuciones críticas de la epistemología contemporánea. Por otra parte, el rigor analítico para enfrentar algunas viejas ideas, fuertemente asentadas en la cultura procesal y que resultan, sin embargo, desorientadoras para una práctica que aspire a la racionalidad de las decisiones judiciales sobre los hechos.

La última de las tareas apuntadas resulta especialmente relevante dado el actual contexto de reformas procesales que tienden a generalizar la libertad en la valoración de la prueba, pues si las viejas ideas recibidas obstaculizan una adecuada reflexión sobre los criterios positivos de valoración que deben operar una vez excluida la tasación legal, la libertad corre el riesgo de convertirse en arbitrariedad.

Dedicaré el resto de esta intervención a analizar críticamente dos ejemplos de esa clase de nociones.

3. Cfr. Guastini R., "Immagini della teoria del diritto", en Id., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Turín, 1996, p. 5. La representación más clara de ese encuentro posible se encuentra en la obra de Michele Taruffo (en especial, *La prueba de los hechos*, trad. cast. de J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002).

2. La Noción de Prueba: las Trampas del Subjetivismo

Es usual entre los procesalistas establecer una conexión conceptual entre la prueba y la convicción del tribunal que la aprecia. Se suele asumir que la actividad probatoria tiene como finalidad formar la convicción del tribunal y se adhiere, de ese modo, de forma más o menos conciente, a una noción subjetivista de prueba según la cual un cierto hecho (o, con mayor propiedad, un enunciado que afirma la ocurrencia de un cierto hecho) está probado cuando el tribunal cree que ese hecho ha ocurrido⁴.

Esa noción de prueba resulta consistente con la concepción puramente potestativa de la libre valoración de la prueba que primó hasta bastante avanzado el siglo XX en aquellos sistemas jurídicos de tradición continental que abandonaron, tras la Revolución francesa, el sistema de prueba legal⁵. Esa interpretación consideraba a la libertad en la valoración de la prueba no sólo como una regla negativa, que

4. Cfr. por ejemplo, R. Tavolari, "Variaciones sobre la prueba en el proceso", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCV, N° 2, 1998, p. 38 (donde se define la tarea de valoración de la prueba como la de determinar su "fuerza persuasiva"); Paillás, E., *Estudios de Derecho Probatorio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 14 (donde se indica como fin de la prueba "obtener la convicción del juez sobre la verdad de las afirmaciones de las partes") y, del mismo autor, *La prueba en el proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1982, p. 32 (donde se hace referencia a la necesidad del "asentimiento que [el juez] dé en su fuero interno a la reconstrucción de los hechos"); Carocca, A., *Manual de Derecho Procesal*, Tomo II, Lexis Nexis, Santiago, 2003, pp. 144 y 151-152 (donde se define a la prueba como la actividad "destinada a formar el convencimiento del juzgador"). Al predominio de la misma noción subjetivista de prueba entre los procesalistas españoles y, en general, los europeos continentales se refiere Ferrer Beltrán, J., "Derecho a la prueba...", *cit.*, p. 30.

5. Como se sabe, esta concepción se extendió en Europa continental a partir de la adopción, en el Code d'Instruction Criminelle de 1808, de la fórmula de la *conviction intime*. La instrucción que de acuerdo al artículo 342 de ese cuerpo legal debía leerse a los jurados franceses declaraba que "la ley no pide cuenta de los medios por los cuales se ha formado una convicción; (...) ella les exige que se interroguen a sí mismos en silencio y en recogimiento y que busquen determinar, en la sinceridad de su conciencia, qué impresión han causado en su razonamiento las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de defensa. (...) (L)a ley les hace una sola pregunta, que compendia toda la medida de su deber: ¿tenéis una convicción íntima?" (citada

excluye la tasación legal de la prueba, sino como una regla positiva que remite, como criterio de decisión, a la creencia subjetiva del juez. El juicio sobre la prueba era representado además, bajo esa concepción, como una especie de epifanía que sobreviene al juez en contacto inmediato con las pruebas y que no es susceptible de racionalización ni de control.

Aunque esa concepción se encuentra en franca retirada, y ha sido sustituida progresivamente por una concepción racionalista, que asume que la libertad en la valoración de la prueba no libera al juez de la sujeción a estándares generales de racionalidad, la noción subjetivista de prueba que la acompañaba ha permanecido, sin embargo, en uso. Es lo que ha ocurrido también en la cultura procesal chilena. Así, por ejemplo, en el ámbito del derecho procesal penal, la incorporación del principio de la libre convicción ha estado marcada por una notable unanimidad de la doctrina procesal en torno a una concepción "racional y justificada" del mismo, según la cual éste no libera al juez de la sujeción a las "reglas de la sana crítica" o del "correcto entendimiento humano"⁶. Con todo, al mismo tiempo sigue vigente, de modo soterrado, en la misma doctrina y en nuestra práctica judicial, una noción subjetivista de la prueba.

La permanencia de esa noción subjetivista de prueba y sus consecuencias se aprecian con claridad en las interpretaciones doctrinales

por Walter, G., *Libre apreciación de la prueba*, Temis, Bogotá, 1985, p. 76). Aunque las reformas procesales que se emprendieron en otros sistemas jurídicos durante el siglo XIX rechazaron en principio el cariz irracionalista de la fórmula de la *conviction intime* y recurrieron a fórmulas más cautas o neutrales -como el "prudente apprezzamento" de la legislación italiana o la "libre convicción" alemana (la fórmula española de la "apreciación según su conciencia" mantiene, en cambio, el tono subjetivista)- y aunque el jurado fue sustituido en muchos casos por jueces profesionales, también en estos ordenamientos tendió a predominar hasta bien avanzado el siglo XX una concepción subjetivista de la libre convicción.

6. Cfr., por ejemplo, Tavolari, R., *op.cit.*, p. 47 y 51; Chahuán, S., *Manual del nuevo procedimiento penal*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago 2001, pp. 298-301; Carocca, A., *El nuevo proceso penal*, Editorial Jurídica La Ley, Santiago, 2003, pp. 228-9; Horvitz, M. I. y López, J., *Derecho procesal penal chileno*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 149ss.

y judiciales que ha recibido el estándar de prueba "más allá de toda duda razonable". Así, el más completo manual sobre el nuevo proceso penal, tras reseñar las interpretaciones que esa expresión ha recibido en los EE.UU., propone identificarla con el concepto de "certeza moral" que tiene una larga tradición en Chile y que constituye "un concepto descriptivo del estado mental que implica el estándar", que "exige del juez que esté personalmente convencido de la verdad de un hecho"⁷. Al mismo criterio de interpretación del estándar de prueba más allá de toda duda razonable recurre el voto de minoría de una sentencia de la Corte Suprema⁸. Ese voto sostiene que la falta de fundamentación de las conclusiones probatorias no constituye una causal de nulidad en el caso de las sentencias absolutorias pues ella nunca tendrá capacidad de influir sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que ocurrirá en esos casos lo mismo que en el caso en cuestión, en el que —dice el voto disidente del Ministro Milton Juica— "ha quedado en evidencia que la prueba presentada por los acusadores *provocó* en los sentenciadores el estado de duda razonable que impide, por supuesto, adquirir la conciencia moral e íntima de condena". A juicio del autor del voto "no cabe sino concluir que los jueces del tribunal oral, luego de presenciar

7. Horvitz, M. I. y López, J., *op.cit.*, p. 163. La larga tradición a la que Horvitz y López se refieren es la que se formó a la luz del artículo 456bis del Código de Procedimiento Penal de 1906 —que establecía que "Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley"—, interpretado como una exigencia de "certeza legal condenatoria" y "certeza moral absolutoria". Para notar el sesgo subjetivista de la noción de prueba en esa tradición creo que bastan estas dos muestras: la primera, una cita del Mensaje del Código de 1906 que indica que "si esta convicción [adquirida por los medios de prueba legal] no llega a formarse, el juez podrá absolver sin otro fundamento y cualesquiera que sean los antecedentes que el proceso arroje contra el reo" y la segunda, una sentencia de la Corte Suprema de diciembre de 1997 en la que interpreta la disposición en cuestión como "un llamado del legislador al fuero íntimo del juez y, por lo tanto, (...) un concepto imponderable para alguien que no sea el destinatario directo de él" (*Fallos del Mes*, N° 469-4, 1997, p. 2336).

8. Contra Pascual Pichún Paillalao y otros, R.U.C. N° 0100083503-6, R.I.T. N° 2-2003, recurso de nulidad ante la Corte Suprema Rol N° 1743-03.

el debate público (...) *entraron en la situación de 'duda razonable'*", de modo que "sólo cabía la absolución"⁹.

Los argumentos de este voto de minoría muestran con nitidez cual es la consecuencia de la noción subjetivista de prueba: si para que un cierto hecho no esté probado basta la falta de creencia o convicción en su ocurrencia, entonces *la justificación de esa decisión carece de sentido*. Aunque esta tesis se sostiene explícitamente con respecto a la decisión de absolver, lo mismo debería regir para la condena: pues mientras en el antiguo proceso penal se distinguía entre la "certeza moral" absolutoria y la "certeza legal" condenatoria¹⁰, en el nuevo proceso, eliminada la prueba tasada —sobre la que se fundaba la certeza legal—, sólo se requeriría, desde la perspectiva en análisis, tanto para la condena como para la absolución, la certeza moral, esto es, la existencia o la falta, respectivamente, de la creencia o convicción del tribunal en la verdad de los hechos que son objeto de la acusación.

Un análisis de las características definitorias de las creencias ayuda a entender por qué se sigue esa consecuencia de la noción subjetivista de prueba; una consecuencia, como se puede apreciar, devastadora desde la perspectiva de la pretensión de una decisión racional sobre la prueba, pues ésta supone que tenga sentido y sea posible discutir sobre la validez o adecuación de las razones justificativas de la decisión.

Ese análisis permite notar que las creencias son algo que nos sucede, algo cuya ocurrencia no depende de nuestra voluntad. Y puesto que sólo los actos voluntarios admiten justificación, el hecho de tener una creencia no admite en sí mismo justificación¹¹. Como dice J. Ferrer Beltrán, aplicando esta idea a la valoración judicial de la prueba: "la

9. Cfr. Considerandos 13° y 9°, respectivamente, del voto disidente en la sentencia citada en la nota anterior. Las cursivas han sido añadidas.

10. Vid. *supra* nota 10.

11. Una cosa diferente es la justificación del *contenido* de la creencia (no "creo que p", sino "p"), pero para la justificación de la proposición es irrelevante que alguien crea en ella. Cfr. Cohen, L. J., "Belief and acceptance", en *Mind*, vol. XCVIII, N° 391, 1989, pp. 367-389; Engel, P., "Believing, holding true, and accepting", en *Philosophical Explorations*, Vol 1, N° 2, 1998, pp. 140-151; Ferrer Beltrán, J., *Prueba y verdad...*, *at.*, p. 95 ss.

única motivación necesaria de la decisión adoptada es que ésta se corresponda con el íntimo convencimiento del juez, que ésa es su creencia"¹².

Lo que podría haber adicionalmente es una *explicación de las causas* de la creencia —entre las que se podría hacer referencia a los elementos de juicio que puedan haberla determinado¹³. Sin embargo esta vía no resulta interesante desde la perspectiva de la racionalidad, pues en una explicación lo relevante es la efectividad de las causas y no la validez de las razones.

La imposibilidad de la justificación no es, por otra parte, la única implicación de la noción subjetivista de prueba que resulta demoledora para la pretensión de racionalidad de la decisión judicial sobre los hechos. Esa concepción *excluye además la posibilidad de que el tribunal se equivoque* al declarar probado un cierto hecho. Pues si lo relevante es la creencia del juzgador en la ocurrencia del hecho, entonces afirmada por él esa creencia no queda nada más que discutir. No tiene sentido sostener qué juez se equivocó al constatar su propia convicción. En otras palabras,

12. Ferrer Beltrán, J., *Prueba y verdad...*, *cit.*, p. 96.

13. Esto permitiría entender por qué es usual que la noción subjetivista de prueba concorra con una concepción psicologista de la fundamentación de las sentencias, que la entiende no como un discurso justificativo sino como la reproducción del proceso mental que ha llevado al juez a la decisión (vid. sobre esa concepción Gascón, M., *op.cit.*, p. 211). Esa estrategia permite conciliar —en apariencia— la adhesión a una noción subjetivista de prueba con la existencia de una exigencia legal de fundamentación de las sentencias. Se trata de una conciliación puramente aparente, sin embargo, porque supone desconocer la naturaleza justificativa de la fundamentación de las decisiones judiciales. Por otra parte, el paso siguiente a la aceptación de una concepción psicologista de la motivación de las sentencias suele ser la rebaja o debilitamiento del alcance de esa exigencia en materia de valoración de la prueba, dadas las dificultades que en ese ámbito supondría una exhaustiva introspección. Así, por ejemplo, un destacado procesalista español ha dicho recientemente que "no es exigible, ni legal ni racionalmente, que toda sentencia dé cuenta detallada del porqué de cada declaración de certeza positiva de un hecho" pues "no parece razonable pedir que se exprese lo que pertenece a los internos procesos psicológicos de convicción, muchas veces parcialmente objetivables, sí, pero también parcialmente pertenecientes al ámbito de lo inefables" (De la Oliva, A., "De la sentencia", en De la Oliva et al., *Derecho Procesal Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 514).

la noción subjetivista de prueba hace equivalentes dos situaciones que es preciso poder distinguir conceptualmente para que resulte concebible la evaluación crítica de las conclusiones probatorias: que un enunciado acerca de la ocurrencia de un hecho haya sido "tenido por probado" por algún sujeto y que ese enunciado "esté probado"¹⁴.

Hay, además, otras razones que hacen inadecuada la vinculación de la noción de prueba con la convicción o creencia del tribunal y que tienen que ver con su incapacidad de dar cuenta de ciertas características generalmente aceptadas de la prueba judicial. La primera es que puede ocurrir que el juez deba *fallar contra sus creencias*: así ocurre, por ejemplo, si ellas se basan en conocimientos privados del juez que no han sido incorporados al proceso, o si se basan en pruebas ilícitamente obtenidas. Esta característica está conectada con otro rasgo general de la prueba, que es su *relatividad respecto de los elementos de juicio aportados al proceso* (eso es lo que implica la obligación del juez de decidir *iuxta alligata atque probata*, ateniéndose sólo a las pruebas válidamente aportadas al proceso)¹⁵. La noción de prueba que remite a la creencia del juzgador no permite dar cuenta de esta peculiaridad de la prueba judicial pues la creencia es un estado mental independiente del contexto¹⁶. Si bien nuestras creencias pueden cambiar a lo largo del tiempo, en un mismo momento no podemos creer en algo con relación a un contexto y no creerlo con relación a otro contexto. Ferrer Beltrán lo ilustra muy bien: "No podemos, por ejemplo, creer o no creer que Hong Kong es una ciudad ruidosa en función de (...) si lo pregunta el alcalde de la ciudad o un ecologista (aunque es perfectamente posible responder de forma distinta a uno y a otro, en alguno de los dos casos se estará mintiendo respecto de la creencia que se tiene). Y un juez no puede, por ejemplo, creer que Juan mató a Pedro cuando ejerce su función de juez y no creerlo cuando no la ejerce (en tanto que *simple ciudadano*)"¹⁷.

14. Vid. Ferrer Beltrán, J., *Prueba y verdad...*, *cit.*, pp. 36-7 y 109.

15. Cfr. Mendonca, D., *Interpretación y aplicación del derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, Almería, 1997, pp. 77-8 y Ferrer Beltrán, J., *Prueba y verdad...*, *cit.*, pp. 93-4 y 98-9.

16. Cfr. Engel P., *op.cit.*, pp. 143-4.

17. Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad...*, *cit.*, pp. 98.

Las dificultades antes expuestas sugieren que es necesario abandonar la noción subjetivista de prueba y sustituirla por una noción que haga posible hablar de la justificación de la decisión judicial sobre la prueba y que permita dar cuenta de su falibilidad y de su carácter relacional respecto de los elementos de juicio aportados al proceso.

Las consideraciones críticas antes expuestas apuntan el camino para articular una noción adecuada de prueba, pues de ellas se sigue que afirmar que una proposición está probada tiene que ser equivalente a afirmar algo en relación con los elementos de juicio aportados al proceso y, además, algo que —desde el punto de vista conceptual— sea susceptible de justificación y de evaluación crítica. Una reconstrucción que parece cumplir esas condiciones es la que ha sido explorada en recientes trabajos de Ferrer Beltrán y según la cual decir que una proposición está probada equivale a decir que hay elementos de juicio suficientes para aceptar o dar por verdadera a esa proposición¹⁸. La aceptación es, a diferencia de la creencia, un acto voluntario que admite justificación —la que deberá referir a la suficiencia de los elementos de juicio— y la suficiencia de los elementos de juicio es, a diferencia de la afirmación de una creencia, una circunstancia respecto de la cual cabe, desde el punto de vista conceptual, la equivocación y la crítica.

Una vez que hemos avanzado hasta este punto —el punto en que la articulación de una noción racional de prueba lleva al difícil tema de la relación entre prueba y verdad— hay que evitar la trampa que pone una segunda noción que es también fuente de equívocos y desorientación: la noción de verdad procesal o verdad formal.

3. *El Rompecabezas de la Verdad Formal*

Posiblemente la distinción entre verdad formal y verdad material fue articulada en sus comienzos y es utilizada actualmente por la dogmática procesal con buenas intenciones¹⁹. Ella permitiría conectar

18. Cfr. *Ibid.*, especialmente pp. 37 ss. y 101ss.

19. Sobre los orígenes de dicha distinción en la doctrina procesal alemana de fines del siglo XIX vid. Serra Domínguez, M., "Contribución al estudio de la prueba", en Id., *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969.

el proceso y la prueba judicial con la búsqueda de la verdad y a la vez dar cuenta de la falibilidad de la decisión judicial sobre los hechos, la que, en ese sentido expresaría una "verdad formal" pero no necesariamente una "verdad material". Esa distinción induce, sin embargo, a confusión en al menos dos sentidos que interesa destacar.

Por una parte, resulta desorientador hablar de "verdad" —aunque sea seguida del adjetivo "formal"— para designar algo que en definitiva no es sino el carácter autoritativo de la fijación judicial de los hechos, pues, aunque se admita que la prueba judicial tiene fin la averiguación de la verdad, la decisión judicial sobre los hechos sólo pondrá fin a la posibilidad de discutir sobre su verdad dentro del proceso y, como han dicho Alchourrón y Bulygin, "poner punto final a la discusión sobre la verdad dentro del proceso no hace verdadero a un enunciado"²⁰.

Parece haber estrategias menos confusas para conectar la prueba con la búsqueda de la verdad sin negar la falibilidad del juez. Así, por ejemplo, es posible afirmar una conexión teleológica entre prueba y verdad —esto es, sostener que el fin de la actividad probatoria es la averiguación de la verdad sobre las proposiciones relevantes para la aplicación del derecho— y negar a la vez una conexión conceptual —esto es, negando que afirmar que una proposición esté probada sea equivalente a afirmar que esa proposición es verdadera²¹.

Pero además el binomio verdad formal/verdad material induce a error en otro sentido, pues sugiere la existencia de una distancia insalvable entre los métodos procesales de la averiguación de la "verdad formal" y los métodos externos al proceso de averiguación de la "verdad material", la que por definición resultaría inalcanzable para el juez²².

Es cierto que en el caso del proceso judicial el fin de averiguación de la verdad puede concurrir con la necesidad de proteger otros bienes y que en ese sentido puede haber reglas sobre la prueba que constituyan

20. Alchourrón, C. y Bulygin, E., *op.cit.*, p. 311.

21. Es la estrategia que siguen, por ejemplo, Ferrajoli (*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. cast. de P. Andrés, A. Ruiz, J.C. Bayón y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 1995, pp. 551ss.) y Ferrer Beltrán (*Prueba y verdad...*, *cit.*, pp. 61 ss.).

22. En un sentido semejante cfr. Taruffo, M., *op.cit.*, pp. 24 ss.

límites u obstáculos a la averiguación procesal de la verdad. También es cierto que hay limitaciones a la obtención de ese fin que se relacionan con el propio marco del proceso judicial que, por ejemplo, circunscribe la actividad probatoria a un lapso temporal determinado. Sin embargo, lo que me interesa destacar es que *no hay una diferencia estructural* entre la aproximación judicial a la verdad y la aproximación en otros ámbitos en que los esté en juego la averiguación de la verdad empírica sobre eventos particulares o sobre generalizaciones a partir de casos particulares.

Si bien el concepto de verdad (si suponemos la noción de verdad como correspondencia) es absoluto o no contextual, la aceptación o el tener por verdadera una proposición fáctica sobre eventos particulares o sobre generalizaciones a partir de casos particulares es, en todo caso, un acto cuya justificación es contextual o relativa a los elementos de juicio disponibles. Así ocurre en el ámbito de la investigación científica, donde las teorías se encuentran por eso siempre expuestas a refutación. Así ocurre en el ámbito de la historia. Y así ocurre también con las declaraciones judiciales de hechos probados (aunque por razones de certeza jurídica no admitan, salvo en limitadas circunstancias, refutación futura en el contexto de un proceso judicial).

Esa dependencia del contexto introduce un elemento de incertidumbre en esa clase de juicios empíricos, pero esa incertidumbre no ha impedido la articulación de modelos para su racionalización. Especial significación poseen en este sentido los modelos probabilísticos basados en esquemas de confirmación de hipótesis. Ellos podrían representar también una vía promisorio que recorrer en la búsqueda de los criterios de racionalidad que precisen las condiciones de suficiencia de los elementos de juicio aportados al proceso para aceptar una proposición como verdadera²³.

23. En el mismo sentido cfr. Cohen, L. J., *The probable and the possible*, Oxford U. Press, Oxford, 1977, pp. 44 ss., Taruffo, M., *op. cit.*, pp. 223 ss. y 241ss., Gascón Abellán M., *op. cit.*, pp. 173 ss.

EL PROBLEMA DE LA OBJETIVIDAD EN LA MORAL Y EN EL DERECHO

EUGENIO BULYGIN *

1. Objetividad

El tema de la objetividad en el campo normativo es muy complejo y discutido. Como primera medida hace falta precisar qué concepto o conceptos de objetividad están en juego aquí. Cabe, en primer lugar, distinguir con Brian Leiter entre la objetividad epistémica y la objetividad metafísica¹. La objetividad epistémica consiste en la exigencia de que nuestros procesos de conocimiento sean libres de prejuicios y otras distorsiones. La objetividad metafísica consiste en representar las cosas como son verdadera u objetivamente.

Andrei Marmor² define la objetividad metafísica como una relación entre una proposición y un objeto existente en el mundo, descrito por ella. Una proposición descriptiva es objetiva en este sentido si y sólo si representa la realidad tal como es, con independencia de nuestras opiniones. Esta caracterización de la objetividad descansa en dos presupuestos: en primer lugar sólo proposiciones descriptivas

* Universidad de Buenos Aires.

1. B. Leiter, "Introduction" en B. Leiter (ed.) *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge, 2001.

2. A. Marmor, *Positive Law and Objective Values*, Oxford 2001, 112-134.