



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Seminario Internacional
Fundamentos del Derecho Probatorio
en Materia Penal. A propósito de los 10
años de vigencia del NCPP

Lima, 26 y 27 de setiembre de 2016

Justicia Honorable, País Respetable

Edición

Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial (CIJ)
Palacio Nacional de Justicia – 2do. Piso
Av. Paseo de la República cuadra 2 s/n
Cercado de Lima – Perú
Teléfono: 410–1010 anexos: 11573 - 11575
www.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij

Unidad de Plenos Jurisdiccionales y Capacitación

Equipo:

- Liz Anabel Rebaza Vásquez (Coordinadora)
- Miguel Ángel López Castro
- Katherine Bernarda Llanos Gutierrez
- Marcos Morán Valdéz
- Cristóbal Solís Montañez
- Entique Bruno Otárola Chávez
- Javier Alfredo Escalante Gómez
- Gabriela Daniela Cuadros Correa
- Rosario del Pilar Jara Huarcaya

El contenido de los textos que aparecen en el presente material de lectura es responsabilidad exclusiva de los autores y no compromete la opinión del Centro de Investigaciones Judiciales o del Poder Judicial.

Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República

Víctor Ticona Postigo
Presidente

Ramiro Eduardo de Valdivia Cano
Francisco Artemio Távora Córdova*
Enrique Javier Mendoza Ramírez
Vicente Rodolfo Walde Jáuregui
César Eugenio San Martín Castro
Javier Villa Stein
José Luis Lecaros Cornejo
Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Jacinto Julio Rodríguez Mendoza
Duberli Apolinar Rodríguez Tineo
Josue Pariona Pastrana
Ana María Aranda Rodríguez
Roberto Luis Acevedo Mena
Javier Arevalo Vela
Jorge Luis Salas Arena
Elvia Barrios Alvarado
Janet Ofelia Tello Gilardi
Cesar José Hinostroza Pariachi
Ángel Henry Romero Díaz
Héctor Enrique Lama More

* Con Licencia Constitucional, Preside el Jurado Nacional de Elecciones.

Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

Víctor Ticona Postigo
Presidente

Ramiro Eduardo de Valdivia Cano
Juez Supremo

José Luis Lecaros Cornejo
Juez Supremo

Augusto Ruidías Farfán
Juez Superior

Rosa Amelia Vera Meléndez
Juez Especializado

Alfredo Álvarez Díaz
Representante de los
Colegios de Abogados del Perú

Consejo Consultivo del Centro de Investigaciones Judiciales

José Luis Lecaros Cornejo
Juez Supremo Titular
Presidente del Consejo Consultivo

María del Carmen Gallardo Neyra
Juez Superior Titular

Omar Abraham Ahomed Chávez
Juez Especializado

Zoila Nelly Cecilia Puican Villacrez
Juez de Paz Letrado

Centro de Investigaciones Judiciales

Helder Domínguez Haro
Director

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

Índice General

Presentación

Temas

1. TARUFFO, MICHELE (2009). LA PRUEBA. ARTÍCULOS Y CONFERENCIAS. CHILE. EDITORIAL METROPOLITANA. PÁGS. 41-72 1
2. MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. "LA PRUEBA ILÍCITA: LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA Y SUS EXCEPCIONES". EN: REVISTA CATALANA DE SEURETAT PÚBLICA. MAYO 2010. CATALUÑA. PÁGS. 131-151 35
3. HORST SHÖNBOHM (2014). MANUAL DE SENTENCIAS PENALES. ASPECTOS GENERALES DE ESTRUCTURA, ARGUMENTACIÓN Y VALORACIÓN PROBATORIA. COOPERACIÓN ALEMANA AL DESARROLLO GIZ, PODER JUDICIAL Y CNM, ARA EDITORES. PÁGS. 106-128 59
4. ACCATINO, DANIELA. "CERTEZAS, DUDAS Y PROPUESTAS EN TORNO AL ESTÁNDAR DE LA PRUEBA PENAL". EN: REVISTA DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA D VALPARAÍSO. XXXVII. 2º SEMESTRE DE 2011. CHILE. PÁGS. 483-511 85
5. RUIZ JARAMILLO, LUIS BERNARDO. "EL DERECHO A LA PRUEBA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL. MARZO 2007. PÁGS. 184-206 117

Seminario Internacional



LA PRUEBA

TARUFFO, MICHELE (2009). ARTÍCULOS Y CONFERENCIAS. CHILE.
EDITORIAL METROPOLITANA. PÁGS. 41-72

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE PRUEBA Y VERDAD

. Enunciados fácticos

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

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

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

- a) Las proposiciones expresadas por los enunciados (1)-(6) son todas *declarativas*. De hecho, los enunciados en cuestión pueden ser verdaderos o falsos; tienen como objeto circunstancias que, aunque puedan contener implicaciones valorativas y –como podremos ver– son en alguna manera, social y culturalmente “construidas”, pueden darse o no darse en el mundo de las experiencias concretas.
- b) Las situaciones descritas por los enunciados (1)-(6) son todas, de alguna manera, relevantes para la vida, la riqueza o el destino de muchas personas: muchísimas en el caso de los enunciados (1) y (2), algunas en los otros casos. Sin embargo, lo importante es que la relevancia de estas situaciones se manifiesta en la medida en que éstas se han producido realmente, es decir si los enunciados (1)-(6) son verdaderos. La cuestión es obvia pero merece una reflexión. Por ejemplo, la circunstancia descrita por (1) es importantísima para la economía mundial sólo si el enunciado (1) es verdadero; si es falso no se verifica ninguna consecuencia. Del mismo modo, la circunstancia descrita por (6) es importantísima para la suerte de A, el cual tendría que ser condenado por homicidio, pero naturalmente esta consecuencia se debe dar para A sólo si el enunciado (6) es verdadero; si no es verdadero, entonces A debería ser absuelto y permanecer libre.

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

si (4) no es verdadero, no se dará el presupuesto de la separación conyugal por responsabilidad de A.

- c) Dado que lo que importa respecto a la producción de determinadas consecuencias es si los enunciados (1)-(6) son verdaderos o falsos, los sujetos interesados (inversionistas, bancas, contratantes, conyuges partes procesales, abogados, jueces) deben establecer si uno u otro enunciado es verdadero o falso, como premisas de las acciones o comportamientos a seguir (decisiones financieras, contractuales, personales, judiciales). En síntesis, establecer la verdad o la falsedad de estos enunciados es un problema que puede plantearse, y puede ser resuelto, en cualquier ámbito de la experiencia, incluso en el del proceso. Los sujetos que, de cuando en cuando, deben resolver problemas relacionados con las consecuencias de las circunstancias descritas en (1)-(6) tratarán –se supone- de comportarse de manera racional, de establecer con la máxima certeza si los enunciados en cuestión son o no verdaderos. Por ejemplo, el gran operador financiero que debe tomar decisiones sobre importantes inversiones, tratará de establecer con certeza, posiblemente absoluta, si la CNN ha dado una noticia verdadera cuando ha afirmado (1), o si se trata de una noticia falsa o aún no confirmada.
- d) Los enunciados (1)-(6) pueden ser relevantes en el contexto de un procedimiento judicial. Así, por ejemplo, (1) y (2) pueden ser relevantes para establecer la tasa que debe usarse para el cálculo de los intereses que A le debe a B; (3) sirve para establecer el monto de la deuda de C al banco B; (4) sirve para establecer de quién es la responsabilidad de la separación; (5) sirve para establecer cuánto le debe el comprador al vendedor; y (6) sirve para establecer si A es o no culpable de homicidio. Esta relevancia puede darse o no en los contextos judiciales, y provocar diferentes consecuencias, dependiendo si (1)-(6) son verdaderos o falsos: está claro, de hecho, que la decisión que tomará el juez será diferente si es verdadero que

el precio fijado es aquél que se indica en (5) o si (5) es falso porque el precio establecido era otro, y así sucesivamente.

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

El hecho de que el significado de los enunciados sólo pueda ser individualizado desde el interior de determinados contextos, y que, por lo tanto, sea de varias maneras (más de una simultáneamente) *context-laden*, es muy importante para entender la naturaleza de estos enunciados y para definir en cada caso las coordenadas dentro de las cuales se puede establecer la verdad o la falsedad. Sin embargo esta situación, es decir, la relatividad contextual de los enunciados en cuestión, no quita que ellos sean relevantes en diferentes situaciones (procesales y extraprocerales), pero sobre todo no quita que su relevancia esté ligada con su propia verdad o falsedad. Esto es así, dado que –como ya se ha dicho- los enunciados no generan determinadas consecuencias por el hecho de haber sido declarados

por alguien, sino por haber sido establecidos como verdaderos en el marco de un contexto de relevancia.

1.1. La construcción de los enunciados fácticos

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

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

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

que, a su vez, produce lo que Susan Haack entiende como pluralidad de descripciones verdaderas de la realidad.

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

- b) Se puede hablar, además, de *construcción semántica* del enunciado fáctico. Precisamente, el hecho de que sea un enunciado, es decir, una entidad lingüística dotada de un significado comprensible, implica que su formulación se realice usando correctamente un determinado lenguaje y sus reglas (gramaticales, sintácticas, lógicas). Entre los muchos lenguajes posibles y entre los muchos usos posibles de un lenguaje, la formulación de un enunciado fáctico conlleva elecciones muy precisas, con la finalidad de determinar la forma lingüística más oportuna y más eficaz para expresar el significado del enunciado. Entre ellas, una elección especialmente importante es la que se plantea entre el uso de términos *descriptivos* y el uso de términos *valorativos*. De hecho, es evidente que, aunque no cambie el referente empírico del enunciado, es decir el hecho material del cual está hablando, el significado del enunciado mismo cambia dependiendo si se quiere expresar descripciones o valoraciones del mismo hecho. En el contexto de un proceso, esta diferencia puede ser muy relevante, por ejemplo, para aplicar la regla según la cual el testigo no puede expresar valoraciones sino sólo comunicar su conocimiento; o bien respecto al problema de qué significa "probar" un enunciado de hecho según si se considera descriptivo o valorativo.
- c) Se debe tener en consideración, además, la *construcción cultural* del enunciado fáctico. Cada enunciado relativo a la conexión entre eventos implica el uso de categorías de interpretación de la realidad en función de las cuales dichas conexiones se construyen y su significado cambia según las categorías que se utilicen para formularlo. Por ejemplo, una cosa es usar la categoría de *causa* en lugar de la de *probabilidad* para decir que X es consecuencia de Y; otra cosa es hacer referencia a un espacio cartesiano en lugar de un espacio con n dimensiones; otra es razonar presuponiendo una concepción lineal y discreta del tiempo en lugar de la curva espacio-tiempo, etc. La construcción específicamente cultural tiene que ver con el hecho de que los presupuestos éticos, políticos,

consuetudinarios o religiosos a menudo juegan una función importantísima para determinar las modalidades con que un hecho se describe, imponiendo la selección inclusiva de los diferentes aspectos de ese hecho en función de sus significados culturales. Un musulmán y un católico pueden describir un hecho de manera, al menos, parcialmente distinta, del mismo modo que sujetos con orientación política diversa puede atribuir significados simbólicos diferentes al color de una bandera.

- d) Finalmente, es necesario tener en consideración la *construcción social* del enunciado fáctico. Este tipo de construcción se vincula con el importantísimo fenómeno que Searle denomina “construcción de la realidad social”, y que hace referencia a la llamada teoría de los hechos institucionales. Como es sabido, se trata de aquellos hechos cuya existencia y determinación no está en función de una referencia empírica o material directamente perceptible, sino más bien en función de contextos sociales que “crean” y definen determinados hechos. El ejemplo del dinero, que presente Searle, es muy significativo, pero muchos otros hechos institucionales (como la mayoría de edad, el *estatus* familiar, la posesión de un título de estudios, etc.) se pueden definir solamente en función del contexto social (político, jurídico, económico e institucional) dentro del cual son concebibles como “hechos”. Se puede afirmar que un hecho viene enunciado de un modo determinado en función de su ubicación en un contexto institucional. Por lo tanto, podemos decir que el enunciado *incorpora* la configuración institucional del hecho.

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

necesario hacer aquí un análisis detallado, pero algunos comentarios pueden resultar útiles.

Por ejemplo, los enunciados (1), (2) y (3) se refieren a circunstancias que pueden considerarse "existentes" sólo en el mundo de las transacciones financieras, y que no se pueden encontrar en el mundo de la realidad empíricamente verificable. Aquí cobra utilidad el discurso de Searle respecto a las realidades *socialmente construidas*, en las cuales lo que cuenta no es el aspecto empírico (si es que existe, aunque no siempre existe o es perceptible), como el sonido, las imágenes, el papel escrito, etc., sino más bien el conjunto de convenciones, de conexiones y de símbolos, en función de los cuales, por ejemplo, un billete es dinero y no un simple pedazo de papel coloreado.

Consideraciones en buena medida análoga, se pueden hacer también en relación con los demás enunciados. Por ejemplo, respecto a (4) se puede decir que el adulterio tiene una evidente connotación empírica (que aquí no es necesario describir en sus detalles); sin embargo, la práctica de las relaciones sexuales entre A y C no es importante sino en un contexto social y éticamente construido en el cual dicho comportamiento es considerado moralmente de manera negativa (aunque muchas veces no sea castigado por el derecho penal), considerando así justificada la reacción negativa de B, consistente en considerar intolerable la convivencia conyugal con A. En un contexto social, moral o religioso, en el cual una relación sexual con persona distinta del cónyuge tuviese la misma consideración que una cena en un restaurante con esa misma persona, no se podría hablar de adulterio y (4) no tendría sentido. El enunciado (5) tiene evidentemente una base empírica, en cuanto presupone que A y B hicieron declaraciones con cierto contenido, y tiene además implicaciones psicológicas (si se piensa que dichas declaraciones manifiestan las voluntades de A y B), pero queda claro que ello adquiere

importancia sólo en esa particular realidad social y jurídicamente construida que es el mundo de las relaciones contractuales. En (6), finalmente, hay un elemento empírico especialmente evidente, que no es necesario explicar, pero es claro que el significado del enunciado no se puede reducir a simples hechos materiales: más allá del hecho de que también la medición y la determinación del tiempo (el día D a la hora H) es fruto de una convención, es suficiente subrayar que el hecho narrado se define como tal con la condición de emplear la categoría de causa como principio de interpretación y de explicación de la conexión entre el comportamiento de A y la muerte de B.

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

independientemente del grado empírico o de "construcción social" o cultural que presenta cada uno de ellos.

2. El contexto procesal

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

- a) Un primer aspecto importante consiste en el hecho que en el ámbito del proceso la relevancia de los hechos (y, por tanto, de los enunciados a ellos referidos) se determina, en primer lugar, en función de las consecuencias jurídicas que les pueden ser atribuidas. Al respecto, se habla, como ya se ha mencionado, de *relevancia jurídica* respecto de aquellos hechos que producen inmediatamente las consecuencias previstas por las normas jurídicas que a ellos se refieren. Hay que recalcar, no obstante, que estos hechos son específicos también en el sentido de que se introducen en el proceso sobre la base de opciones y decisiones particulares de determinados sujetos. Por ejemplo, en el proceso civil sólo se incorporan y asumen relevancia de los hechos que las partes plantean como objeto de sus demandas y excepciones, en virtud de los principios que atribuyen a las partes y no al juez el poder determinar el objeto del proceso.

Además, como también se ha dicho ya, también se incorporan al proceso aquellos hechos que resultan lógicamente relevantes: a éstos no se les vincula directamente consecuencia jurídica alguna, pero de ellos se pueden extraer inferencias lógicas que pueden producir conclusiones

respecto a la verdad o falsedad de los enunciados relativos a hechos jurídicamente relevantes. Por lo tanto, la relevancia jurídica es el criterio estándar principal en función del cual se determina, directa o indirectamente, cuáles son los hechos (o más bien, los enunciados a ellos referidos) que se “incorporan” al contexto procesal, ya sean hechos principales o secundarios, que pueden producir consecuencias en relación con los hechos principales. Criterios similares pueden ser también usados útilmente en otros contextos, en los cuales asuma importancia la calificación jurídica de una determinada situación; sin embargo, son típicos del contexto procesal.

- b) En el ámbito del proceso se producen continuamente situaciones de contraste dialéctico en las que se formulan distintas narraciones a propósito de los hechos jurídica y lógicamente relevantes. Ahora, si se observa el proceso desde la perspectiva del principio de contradicción, puede ser concebido precisamente como un “lugar” típico de desencuentro y de conflicto entre narraciones diferentes —y a menudo en conflicto— de los mismos hechos. En otros términos, todo hecho puede ser objeto de enunciados diferentes y contradictorios (es decir: a cada enunciado se puede oponer otro diferente y contradictorio). En la situación-tipo los abogados de las partes narran hechos diferentes o narran versiones diferentes y opuestas del mismo hecho. Por ejemplo, para el abogado de A (5) es verdadero, pero (5) es falso para el abogado de B. Por razones análogas, un testigo presentado por A dirá que (5) es verdadero, mientras que un testigo presentado por B dirá que (5) es falso, etc. Naturalmente, se producen situaciones procesales mucho más complejas, en las cuales cada una de las partes presenta su propia versión de los hechos (principales y secundarios, más o menos numerosos de acuerdo a cada caso), y cada uno de los testigos (que pueden ser incluso numerosos) narra su propia versión de los hechos. Además, estas versiones pueden cambiar durante el curso del proceso, cuando las partes modifican sus posiciones y a

medida que se van practicando las pruebas. Si quisiéramos tomar en consideración la dimensión “verbal” o “narrativa” del proceso, como sugieren las teorías narrativas, no podemos dejar de observar que el proceso no constituye *una narración*, sino que incluye una pluralidad de narraciones y de enunciados fácticos específicos, provenientes de diferentes sujetos (partes, abogados, testigos, peritos, jueces), que no sólo pueden tener como objeto circunstancias diversas (el testigo T1 habla del hecho X; el testigo T2 habla del hecho Y, y así sucesivamente), sino que *en general* están formadas por enunciados diferentes y opuestos respecto al mismo hecho (el testigo T1 dice que el hecho X sucedió; el testigo T2 dice que el hecho X no sucedió). Naturalmente, cada una de estas narraciones (o de estos pedazos de narraciones) puede ser verdadera o falsa. Sin embargo, ellas están presentes *en el mismo contexto procesal* y no forman, de ninguna manera, una sola narración coherente y omnicomprensiva. El proceso es el lugar de conflicto, de competición y de oposición entre posiciones diferentes y, por lo tanto, también entre narraciones diversas de los hechos jurídica y lógicamente relevantes, en la específica situación de litigio; no es un lugar de cooperación entre varios sujetos que redactan una historia sobre cuyo contenido y veracidad se encuentran todos de acuerdo. Es más, cuando al final del proceso el juez determine que una de las versiones de los hechos de las causas es la “verdadera”, no lo hará mirando simplemente qué narración global surgió del proceso, sino *eligiendo*, entre las diversas versiones que se formularon durante el proceso, aquella versión específica que considera preferible. Podríamos decir que al final del proceso el juez no se limita a *constatar* que surgió una versión de los hechos, como narración unitaria y coherente de los mismos, a partir de la convergencia de las narraciones formuladas por los sujetos del proceso, sino que *resuelve el conflicto entre narraciones* diversas, eligiendo una y descartando las otras como falsas e inaceptables. Éste es un aspecto del proceso judicial que las Teorías narrativas

tienden a dejar de lado o a subvalorar, pero que, en cambio, es fundamental si se quiere comprender “quien narra que” y cuántas y cuáles narraciones de los hechos componen la dimensión narrativa del contexto procesal.

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

Sin embargo, existen opiniones bastantes diferentes respecto al problema de si la verdad de los hechos (es decir, de los enunciados respectivos) puede o debe considerarse como una finalidad del proceso judicial. Por ejemplo, quien considera que la función del proceso es solamente poner término a la controversia, se inclina por excluir que éste tenga como finalidad la determinación de la verdad de los hechos. Todavía más, la búsqueda de la verdad incluso puede ser vista como un obstáculo práctico para lograr rápidamente el objetivo consistente en eliminar la controversia. En cambio, quien considera que la función del proceso es aplicar la ley, poner en práctica el derecho y garantizar efectivamente los derechos individuales y colectivos, se inclina por configurar la determinación de la verdad de los hechos como finalidad o valor *instrumental*, al que se debe tender para acercarse al objetivo principal del proceso, entendido como la formulación de una decisión jurídicamente correcta.

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

Una primera hipótesis, que desde hace algún tiempo se ha ido difundiendo, basada en las doctrinas rawlsianas, es que, para que exista una decisión justa, es necesario y suficiente que sea el resultado de un procedimiento justo aplicado correctamente. Se trata, como es evidente, del concepto de *pure procedural justice*, en función del cual la justicia del procedimiento es el único elemento que determina la justicia del resultado. Este concepto tiene una gran fuerza explicativa y se aplica adecuadamente en diferentes contextos como el de los juegos, las apuestas y competiciones, en los cuales es ciertamente justo el resultado que se logra con la aplicación de procedimientos correctos. Esto también se usa en otros contextos, como en los procesos electorales o parlamentarios, en las relaciones internacionales y en la filosofía política, en los cuales –quizás por la extrema dificultad o por la imposibilidad de definir si una situación es justa o injusta según criterios substanciales- se hace coincidir la justicia de la solución con la justicia del procedimiento utilizado para alcanzarla. Desgraciadamente, este concepto tan fecundo tiene la máxima importancia, como es el caso del proceso judicial (que no por casualidad el mismo Rawls ubica en la segunda categoría de la *imperfect procedural justice*). Evidentemente, esto no sucede porque en el proceso no tenga importancia la justicia del procedimiento: al contrario, se habla mucho de justicia de los procedimientos judiciales, por ejemplo, cuando se trata de definir las condiciones para un “debido proceso”, en el sentido del art. 6 de la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (Roma

1950) o en el sentido del actual art. 111 de la Constitución Italiana (modificado por la ley constitucional N° 2 de 2000).

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

El proceso, en cambio, no tiene en sí mismo —es decir, en las reglas de procedimiento- mecanismo alguno que predetermine su resultado aunque, obviamente, el desarrollo concreto y específico de todo proceso condiciona de varias maneras el contenido de la decisión final (salvo el caso excepcional,

que aquí no tiene importancia, que el proceso se interrumpa o se cierre con una sentencia que no resuelva el fondo del asunto). Un proceso "justo", es decir que se desarrolle correctamente en cuanto la aplicación de reglas procedimentales oportunas, no garantiza necesariamente una decisión justa. Se podrá decir que esta decisión es *legítima* desde un punto de vista formal, porque es el resultado de la correcta aplicación de las "reglas del juego", pero todo eso no implica necesariamente que la decisión sea también justa. La razón es que la decisión puede ser considerada *justa* sólo si se dan otras condiciones, que son consideradas conjuntamente necesarias y que están determinadas por el respeto de criterios *substanciales* de justicia.

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

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

particular. En síntesis, se da una correcta aplicación de la norma jurídica al caso concreto sólo si:

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

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

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

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

3. La prueba

El proceso y, en particular, la decisión final, pretenden resolver la incertidumbre que se da respecto a la verdad o falsedad de los enunciados que tiene que ver con los hechos relevantes de la causa. La *prueba* es el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos. En términos muy generales, se entiende como prueba cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre. Según esta definición, son prueba tanto los instrumentos para adquirir información que están expresamente

regulados por la ley (las denominadas pruebas *típicas*) como aquellos que la ley no regula expresamente (las denominadas pruebas *atípicas*) pero que, sin embargo, pueden servir para fundar la decisión sobre los hechos. Podemos agregar que, en términos generales, se pueden considerar como racionalmente admisibles todas las pruebas, típicas o atípicas, que sean *relevantes* en la medida que aporten informaciones útiles para formular esa decisión; se excluyen del proceso sólo aquellas pruebas que, aún siendo relevantes, sean calificadas como inadmisibles por alguna norma jurídica específica (como por ejemplo, las pruebas ilícitas o aquéllas para cuya adquisición habría que violar el secreto personal o profesional).

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

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

Según una primera concepción, la prueba es, esencialmente, un *instrumento de conocimiento*. Así, la prueba ofrece informaciones relativas a los hechos que deben ser determinados en el proceso. Por ejemplo, un documento “representa” una declaración y por lo tanto

