

Verdad y prueba en el proceso acusatorio

Andrés Bouzat
Alejandro S. Cantaro

I. Introducción

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

Obviamente, el debate en juego presupone, entre otras cosas, una compleja discusión filosófica acerca de si el procedimiento deba o pueda tender a la determinación de los hechos verdaderamente ocurridos y si el juez pueda o esté obligado a establecer la verdad. En el marco de este trabajo, de todos modos, no nos ocuparemos de tales cuestiones dando por supuesto que el procedimiento pretende determinar la verdad de los hechos, y que el juez está, en algún sentido, obligado a establecer la verdad²⁶.

Nos ocuparemos, en cambio, de recoger algunas distinciones relevantes, a saber, la distinción entre la justificación normativa de una norma individual -con que se identifica la parte resolutive de una sentencia- y la justificación normativa de la acción

²⁶ Ello sin perjuicio de sostener, con Alchourrón y Bulygin, que un fracaso en la determinación de la verdad –mientras sea excepcional– no invalida la decisión del juez, que es considerada válida y produce todos sus efectos jurídicos...”*Este es el precio que el derecho está dispuesto a pagar en aras de la seguridad y de la paz social...por poder resolver los conflictos sociales dentro de ciertos límites temporales...*”. Porque además de establecer la verdad, el derecho está interesado primordialmente en solucionar conflictos sociales. “*Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*”, en “*Análisis lógico y Derecho*”; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pág. 313)

del Juez de decidir el caso en un determinado sentido²⁷; y la distinción entre las nociones de prueba y verdad. Esas distinciones –básicamente coincidentes con las ideas expuestas por Taruffo- nos permitirán establecer el marco conceptual a partir del cual plantearemos unas discrepancias con las ideas expuestas por el autor en la parte final y que se vinculan con los roles -institucionales y epistémicos- de los jueces en el proceso penal, ya que nuestro marco de análisis estará constituido por el proceso penal.

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

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

Esto significa que la decisión justa, para el autor, es aquella que importa la aplicación de la norma general al caso individual. Ricardo Caracciolo²⁸ ha explorado en profundidad la relación existente entre *justificar* una sentencia y *aplicar* una norma, llegando a las siguientes conclusiones:

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

²⁷ Caracciolo, Ricardo: “*El problema de los hechos en la justificación de las sentencias*”; inédito, presentado en el II Seminario de Teoría y Filosofía del Derecho, Sierra de la Ventana, mayo de 2000.

²⁸ Ob. Cit.

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

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

4. Una cosa es la verdad de un enunciado fáctico y otra distinta las razones que se tienen para *aceptar*²⁹ la verdad de un enunciado fáctico. Los medios probatorios cumplen la función de suministrar razones de este tipo. Los medios de prueba constituyen razones que justifican la aceptación de la verdad de un enunciado fáctico, de modo tal que el enunciado fáctico está justificado en relación a esas razones.

²⁹ Si bien Caracciolo utiliza la noción de “razones para creer en la verdad”, nosotros seguiremos la reconstrucción de Jordi Ferrer quien, siguiendo a Jonathan Cohen, concibe a la actitud proposicional de quien considera que está probado un enunciado de hecho, como la aceptación de esa proposición. La idea de aceptación de una proposición es un estado mental consistente en tener o adoptar la política de usar la proposición en el razonamiento en algún contexto. Esta noción es intencional ya que se considera la aceptación como un acto voluntario, lo que no es el caso respecto de las creencias “(...) En todos los casos, sin embargo, la aceptación de *p* hace que ésta se incluya en el razonamiento *como si* fuera verdadera. Esto es, se acepta *p* como premisa verdadera (lo sea o no). El sistema jurídico establece en sus normas sustantivas una serie de consecuencias jurídicas para el caso en que se den ciertos supuestos de hecho. Las reglas de la prueba y la actividad probatoria sirven para determinar en cada caso si se han producido o no esos supuestos de hecho. Por ello, de forma independiente de las razones que se tengan para aceptar la premisa fáctica, ésta se incluye en el razonamiento *como si fuera verdadera*, esto es, como si el supuesto de hecho se hubiera producido”. Ferrer, Jordi: “Está probado que *p*”, en Lucia Triolo, ed: Prassi Giuridica e Controllo de Razionalità, pp. 73-96 (Torino: Giapichelli, 2001).

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

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

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

Este análisis también permite dar cuenta del hecho incontrovertible de que los procesos penales son mecanismos de *justicia procesal imperfecta*. El rasgo característico de la justicia procesal imperfecta es que, si bien existe un criterio independiente para el resultado correcto, no hay ningún procedimiento factible que conduzca a él con seguridad³⁰. El resultado deseado de un juicio penal es que el acusado sea declarado culpable si y solo si ha cometido el delito que se le imputa. El procedimiento ha sido dispuesto para buscar y establecer la verdad del caso, pero parece imposible diseñar normas jurídicas tales que conduzcan siempre al resultado correcto. El problema radica, entonces, en la posibilidad de que las sentencias judiciales no reflejen la verdad fáctica.

³⁰ Conf., John Rawls, “*Teoría de la Justicia*”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1993, pág. 109.

Ferrajoli distingue entre el *significado* de la verdad, que identifica con la idea de correspondencia entre el enunciado y los hechos, y los *criterios* subjetivos de decisión de la verdad, entre los que destaca la *coherencia* y la *aceptabilidad justificada*³¹. Califica a la verdad, en el plano semántico, como *correspondencia sólo por lo que sabemos* y sólo de forma *aproximativa*, e indica que los dos criterios son necesarios en el plano sintáctico y en el plano pragmático, para establecer la verdad.

Vemos entonces que la *verdad procesal* es relativa al conjunto de datos del que dispone el decisor, y en ello no difiere demasiado de la verdad científica. Siempre las teorías dependen de los datos, aunque resulten sub-determinadas informativamente por los datos³². El Juez debe inclinarse por considerar suficientemente probada la hipótesis de la acusación si ésta se apoya en elementos de prueba y no ha sido convenientemente refutada por la defensa. Este procedimiento tiende a la resolución correcta de la mayoría de los casos judiciales, pero no garantiza resultados correctos en ningún caso judicial particular. Siempre es posible que la inverosímil y no probada hipótesis de la defensa sea verdadera, y que la plausible y probada hipótesis del acusador sea falsa. Es claro que las garantías epistemológicas son meramente probabilísticas, y que nada aseguran en los casos particulares. Habrá menos casos en que personas inocentes puedan ser declarados culpables, pero siempre existirán esos casos. La aplicación de las normas jurídicas se efectúa mediante decisiones imparciales; esas decisiones deben justificarse en las normas jurídicas generales y en los enunciados relativos a los hechos probados del caso; pero el hecho de que una decisión judicial esté justificada en la norma general y en los enunciados fácticos probados no implica que se trate de un acto de aplicación correcta del derecho.

Como explica Caracciolo³³, es posible que una norma individual no esté justificada en una norma general porque los hechos imputados no ocurrieron como se los describe en la sentencia, pero que, sin embargo, sí esté justificada la decisión de adoptar como premisa fáctica el enunciado que da cuenta de esos hechos. Tenemos entonces decisiones judiciales justificadas, pero no normas individuales justificadas. También, consiguientemente, pueden existir normas individuales justificadas en normas

³¹ Luigi Ferrajoli: “*Derecho y Razón*”, Ed. Trotta, Valladolid, 1995, pág. 66.

³² Nicholas Rescher: “*Razón y valores en la Era científico-tecnológica*”, Ed. Paidós, Barcelona, 1999, página 52/53.

³³ Ob. Cit.

generales, pero que no sean el resultado de decisiones judiciales justificadas, porque no hay razones que justifiquen la decisión de adoptar la premisa fáctica de la decisión (i.e., cuando se condena a un culpable contra el que no hay pruebas legales de cargo). Y estas aparentes paradojas se producen porque existen al menos tres cosas que deben ser distinguidas cuidadosamente: la *verdad* de los enunciados de hecho que constituyen la premisa fáctica de la decisión judicial (1° nivel); el *conocimiento de la verdad* de esos enunciados fácticos (2° nivel); y las *razones para aceptar la verdad* de esos enunciados fácticos (3° nivel).

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

La idea de mecanismo de justicia procesal imperfecta no es asimétrica: solamente implica que una decisión judicial justificada puede no constituir una norma individual justificada. Pero en modo alguno dicha idea puede dar cuenta de otra situación distinta: que una norma individual justificada (i.e., condenar a un homicida) pueda ser impuesta mediante una decisión judicial injustificada (fundar la condena en pruebas inventadas). Que el proceso penal es un mecanismo de justicia procesal imperfecta significa que dicho mecanismo sólo puede asegurar decisiones judiciales justificadas, y no decisiones judiciales justas. En tanto que la justicia de la decisión depende de la verdad de los enunciados fácticos, y siendo que las pruebas producidas en el proceso no aseguran la verdad de los enunciados fácticos (solamente dan razones para aceptar la verdad de dichos enunciados fácticos), el proceso penal no puede asegurar la justicia de la decisión.

A esta altura del análisis nos damos cuenta que los conceptos que venimos analizando, i.e, decisión justa, norma individual justificada, decisión justificada, justicia procesal imperfecta, conceptos todos vinculados con la distinción introducida por Caracciolo, nos conducen al análisis de otra distinción, a saber, la existente entre la prueba de un hecho y la verdad de un hecho, o, mejor dicho, entre la *prueba* y la *verdad*

de los *enunciados fácticos* utilizados por el juez. Es que la distinción entre la prueba de la premisa fáctica y verdad de la premisa fáctica es el presupuesto conceptual de las demás distinciones analizadas hasta ahora.

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

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

Ferrajoli sostiene que la verdad procesal (o formal), es sólo una verdad aproximativa respecto del modelo ideal de la perfecta correspondencia. Este ideal permanece nada más que como tal. En efecto, la imposibilidad de formular un criterio seguro de verdad de las tesis judiciales depende del hecho de que la verdad cierta, objetiva, o absoluta representa siempre la expresión de un ideal inalcanzable. Como máximo, sostiene este autor, podemos -y debemos- pretender que en cuanto descubramos la falsedad de una o varias tesis de una teoría, ésta debe ser rechazada o reformada³⁴. La aceptación de esta verdad procesal (como meta del proceso en un

³⁴ Como bien lo apunta Guillermo Orce (en “¿Otra vez acerca de la verdad en el proceso penal? Análisis de un dudoso traslado epistemológico”, publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IV Tomo 8-A, Ed. Ad Hoc, pág. 260 y ss.), Ferrajoli enfatiza el carácter siempre hipotético y conjetural, alejado de toda certeza verificatoria, de la verdad procesal. Siguiendo a este último autor, sostiene Orce que el razonamiento podría ser entonces el siguiente: si la ciencia, paradigma de la racionalidad, renuncia a pretender la certeza, y la aplicación del Derecho para ser legítima debe perseguir la racionalidad propia de la ciencia, es coherente que también se renuncie a alcanzar esa certeza en el Derecho Procesal. De todas maneras, Orce considera que la comparación entre la búsqueda de la verdad del proceso penal (aún en su forma acusatoria) y la verdad científica, es incompatible, por un lado, porque las hipótesis acusatorias sobre hechos en el proceso penal son enunciados estrictamente existenciales (no universales), que por lo tanto no pueden ser falsados (lo cual no implica que no puedan ser contradichos) ya que sólo son enunciados falsables aquellos que tienen la forma lógica de enunciados estrictamente universales, y por el otro lado, porque cuando la sentencia en el proceso penal ha pasado en autoridad de “cosa juzgada”, ya no es posible falsarla ni refutarla, sino que se ve verificada de manera acientífica, autoritaria, y decisionista (con ésto señala el autor la diferencia entre las sentencias judiciales y las teorías científicas, que no son nunca verificables sino sólo falsables, y que hasta tanto se produzca la falsación en concreto -la aparición del caso particular prohibido por la teoría-, la hipótesis sigue teniendo el carácter de provisional y sigue siendo permanentemente sometida a prueba). Otras reglas del derecho procesal penal

sistema acusatorio), nos permite desechar el sofisma de que no existen alternativas entre verdad como correspondencia (entendida como una verdad objetiva y absoluta) y verdad consensual. Esta verdad procesal -propia de un modelo formalista- es aquella que se obtiene en el respeto de las reglas de enjuiciamiento, y por lo tanto, será inevitablemente limitada, al caracterizarse por ser el producto de un proceso de conocimiento que adopta como punto de partida el principio de presunción de inocencia³⁵. Así, sin llegar a ser esta verdad una verdad absoluta (que como ya se dijera, no representa más que un ideal inalcanzable), se presenta como una verdad “suficiente” para el proceso, que, respetando las garantías de los individuos, se aleja de la verdad material o sustancial propia del sistema inquisitivo, para ubicarse prácticamente en una posición antagónica a ésta.

Esta idea de *verdad procesal*, a nuestro criterio, es una muestra de la confusión bastante frecuente entre *verdad* y *prueba*³⁶, ya que la idea de que existan dos clases de verdad empírica es ininteligible³⁷. Como explican Alchourrón y Bulygin, la verdad de un enunciado empírico –i.e. “*Juan mató a Alfredo*”– sólo depende de las reglas semánticas del lenguaje usado y de los hechos denotados por el enunciado y el hecho que el juez afirme ese enunciado es absolutamente irrelevante para la verdad del mismo. Pero para castigar a Juan el derecho no sólo requiere que el enunciado sea verdadero, sino también que haya sido probado en juicio, de ahí que –siguiendo a los autores citados– el proceso judicial entrañe un procedimiento determinativo de la verdad de ciertos enunciados fácticos.

La distinción entre *prueba* y *verdad* permite dar cuenta del hecho uniformemente reconocido de que una sentencia penal que condene a Juan por homicidio puede ser válida aunque sea falso el enunciado: “*Juan mató a Alfredo*”. Pero no será válida, en cambio, una sentencia penal que condene a Juan por homicidio, si no

podrían ser citadas aquí como métodos contrarios a los empleados en la ciencia; vgr., el principio “in dubio pro reo”, la presunción de inocencia, etc.

³⁵ Cfr. Andrés Ibáñez, Perfecto, “Ni fiscal instructor ni Habermas “procesalista” (a pesar de Vives Antón)”, en la revista *Jueces para la democracia*, N°16-17 (2-3 de 1992), Madrid, pág. 56. Señala el mismo autor (en *El Ministerio Fiscal entre ‘viejo’ y ‘nuevo’ proceso*, en la obra colectiva *La reforma del proceso penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pág. 89) que adoptar un modelo de verdad como “correspondencia” no implica que ésta deba ser necesariamente de carácter ontológico o metafísico, y se pregunta qué puede tener que ver con la existencia o inexistencia de un hecho, con la verdad, el acuerdo basado en consideraciones de carácter táctico-procesal y ajenas a la determinación del dato histórico.

³⁶ Alchourrón y Bulygin, “*Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*”, en “*Análisis lógico y Derecho*”; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pág. 310

³⁷ Ricardo Caracciolo, *Ob. Cit.*

hay pruebas que acrediten más allá de toda duda razonable la verdad del enunciado “Juan mató a Alfredo”, aún cuando dicho enunciado sea verdadero.

En este sentido sostiene Ferrer³⁸, criticando la concepción de que la verdad es condición necesaria pero no suficiente de la prueba de un enunciado, que: “(...) *una hipótesis sobre los hechos puede resultar probada aún cuando sea falsa, lo que significa que no se exige la verdad del enunciado para poder considerar que el enunciado está probado...*”.

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

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

Como dicen Alchourrón y Bulygin³⁹: “...*los hechos son lo que son y no lo que los jueces dicen que son...*”, y –agregamos nosotros– lo que las pruebas reunidas en un proceso indican. Y siguen diciendo: “...*que el procedimiento tendiente a determinar los hechos termine en una decisión del juez, basada en la prueba producida en un lapso determinado, no altera el hecho de que este procedimiento pretende determinar la verdad y que el juez está obligado a buscar la verdad...*”

Lo dicho no difiere de cuanto sostiene Taruffo en su escrito, cuando dice que la prueba suministra información en torno al contenido de un enunciado, y permite conocer la circunstancia de la que el enunciado se ocupa, con la consecuencia que el enunciado mismo podrá ser considerado como verdadero o falso sobre la base de las

³⁸ Ob. Cit.

pruebas que le son atingentes. Correlativamente, para el autor, se puede decir que el hecho viene conocido, sobre la base de las pruebas que demuestran la verdad del enunciado que lo refieren.

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

IV. Función del juez en el sistema acusatorio

Como anticipamos que uno de los puntos que deseábamos abordar en el marco de este escrito era la formulación de algunas distinciones acerca de la función (o rol) epistémico y la función (o rol) institucional del juez en el marco de un proceso penal garantista⁴⁰, resta ahora una consideración acerca de cuál sea la concepción acerca de la actividad del juez con relación a la prueba, más compatible con la función del juez que presida un tal proceso garantista.

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

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

³⁹ Ob. cit., pág. 313.

⁴⁰ Regido por lo que Ferrajoli llama *principio de estricta jurisdiccionalidad*, que exige la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias y su prueba empírica en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación.

de la prueba. Es claro que en esta dimensión no encuentra espacio alguna teoría de la decisión justa.

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

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

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

En punto a la afirmación descripta en el acápite a), aparece cuanto menos como exagerada. Hay un sentido en el cual aún el juez árbitro establece la verdad de los enunciados fácticos. En la medida en que el juez árbitro regula los medios de prueba admisibles y valora el resultado de la actividad probatoria producida por las partes, puede esperarse de él que establezca –en algún sentido, que se sigue de la relación, ya reseñada, entre prueba y verdad– la verdad de los hechos. Lo que ocurre es que el juez

árbitro debe establecer esa verdad utilizando el material probatorio aportado por las partes. En este sentido hay una diferencia entre el científico y el juez, ya que este último no se proveerá por sí mismo de los medios probatorios, sino que valorará los que aporten las partes. Mientras el científico puede investigar en dirección al establecimiento de la verdad de los hechos bajo análisis, al juez –en el modelo acusatorio– le está vedado tal actividad. Pero de ello no se sigue que no puede esperarse de él una actividad tendiente al establecimiento de la verdad, en este sentido. Valorar la prueba, en síntesis, es una forma de determinación de la verdad de los enunciados de hecho, más allá de quién aporte los medios de prueba.

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

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

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

Si bien Taruffo en su trabajo critica la concepción del juez como mero gobernante del proceso, no presenta explícitamente una concepción alternativa. Además presenta ciertos argumentos en contra del modelo criticado que se tornan verdaderos por

definición, al identificar al juez árbitro con un juez cuya única función es poner fin al proceso de cualquier modo.

Pareciera que de las críticas de Taruffo pudiera seguirse que el juez, para no ser un mero árbitro del proceso, debería hacer algo más en materia probatoria que controlar su legalidad y valorar la prueba. Ello en la medida en que sostiene que de tal modelo de juez no se espera que establezca la verdad de los hechos. Teniendo en cuenta que en el modelo acusatorio del garantismo la duda fáctica siempre opera en favor del imputado, si ante tal situación el juez, pudiera o tuviera que realizar cualquiera actividad probatoria adicional para despejar la duda y establecer de ese modo la verdad de los hechos, necesariamente dicha actuación sería contraria a los intereses del imputado. Mientras que la regla de la duda favorece al imputado, cualquier actividad probatoria tendiente a salir de ese estado favorece a los intereses de la acusación; ergo, si tal actividad es realizada por el juez, implica el abandono de su situación de imparcialidad, conceptualmente vinculada con la función de juzgar⁴¹.

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

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

⁴¹ La imparcialidad es, según Ferrajoli, el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio y presupuesto estructural y lógico de todos los demás.

