



FUNDACIÓN PANAMERICANA PARA EL DESARROLLO



## Alcance, análisis y validación de la prueba indiciaria

Proyecto de Creación de Capacidades del Sector Judicial Ecuatoriano  
para Combatir la Delincuencia Transnacional y el Narcotráfico

Con el apoyo de la Oficina  
Internacional de Asuntos  
Antinarcóticos y Aplicación  
de la Ley (INL)





## **Alcance, análisis y validación de la prueba indiciaria**

---

Proyecto de Creación de Capacidades del Sector Judicial Ecuatoriano  
para Combatir la Delincuencia Transnacional y el Narcotráfico





FUNDACIÓN PANAMERICANA PARA EL DESARROLLO

**Marcela Bueno**

Directora PADF Ecuador

**Roberto Obando**

Director de programas

**Equipo CTOC**

**Andrés Ormaza**

Director de proyecto CTOC

**Ana María Garzón**

Asesora principal

**María José Freire**

Oficial de proyecto

**Johanna Chalén**

Apoyo técnico

**Wilson Martínez Sánchez**

Autor

ISBN: 978-9942-38-960-2

## **PRESENTACIÓN**

---

Uno de los principales desafíos en la investigación y judicialización de expresiones de delincuencia organizada radica en la necesidad de acudir a todos los medios de prueba que permitan, principalmente, verificar la realización del hecho tipificado en el ordenamiento jurídico y realizar una sustentación sólida de la acusación en el contexto del proceso judicial.

En la práctica, sin embargo, concurren diversas circunstancias que dificultan a los investigadores acudir a medios probatorios de naturaleza directa, bien porque las dinámicas criminales complejas intentan perfeccionar su modus operandi borrando toda huella de la actividad ilícita o que comprometa la responsabilidad de los integrantes de la organización, o porque se ejercen acciones orientadas a obstaculizar la introducción de tales medios de prueba en el cauce del proceso judicial.

Por tal razón, en el ámbito jurídico internacional se ha exhortado a los países a considerar que el conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo puedan inferirse a partir de circunstancias fácticas objetivas (Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, Artículo 5º, numeral 2º).

Desde esta perspectiva, el presente documento sobre **Alcance, análisis y validación de la prueba indiciaria** elaborado en el marco del Proyecto de Creación de Capacidades del Sector Judicial Ecuatoriano para Combatir la Delincuencia Organizada y el Narcotráfico, Proyecto CTOC, busca aportar algunos elementos teóricos que permitan a los operadores jurídicos abordar eventuales situaciones de aplicación práctica en un proceso judicial, y a la vez propiciar un espacio de aproximación de criterios jurídicos orientado a establecer bases de seguridad jurídica en cuanto a la valoración del indicio.

# CONTENIDO

<b>1. Teoría general de la prueba penal</b>	1
1.1. La función epistemológica del proceso penal	1
1.1.1. Introducción	1
1.1.2. Objetividad y subjetividad	3
1.1.3. La verdad en el proceso	8
1.1.4. Naturaleza epistemológica de la prueba penal	17
1.2. Diferencia entre evidencia física, medio de prueba y prueba	27
1.2.1. Evidencia física	27
1.2.2. Medios de prueba	27
1.2.3. La prueba penal	28
<b>2. La prueba indicaria</b>	29
2.1. ¿Qué es un indicio?	29
2.2. La validez legal del indicio	31
<b>3. Elementos del indicio</b>	33
3.1. El hecho indicador	33
3.2. El hecho indicado	34
3.3. El nexo de causalidad	35
<b>4. El indicio frente a otros conceptos similares</b>	37
4.1. Diferencia entre el indicio y la presunción	37
4.2. Diferencia entre el indicio y la sospecha	39
<b>5. Aplicación práctica del indicio</b>	40
5.1. El indicio y las hipótesis orientadoras del plan de investigación	40
5.2. El indicio en las investigaciones contra el crimen organizado	41
<b>Referencias</b>	43



## 1. Teoría general de la prueba penal

### 1.1. La función epistemológica del proceso penal

#### 1.1.1. Introducción

En el discurso judicial ordinario se da por sentado que, al interior del proceso penal, resulta posible a las partes probar de alguna manera los hechos en que se fundan sus pretensiones. En no pocas ocasiones la jurisprudencia se refiere, sin mayor reparo, a la prueba de la acusación o a la *prueba* de la defensa, asumiendo como incontestable que tal cuestión es posible. Pues bien, este capítulo se ocupa no ya de negar aquella posibilidad, sino solo de aproximarse reflexivamente a la perspectiva y a las condiciones en las que lo es; es decir, al fundamento de esa creencia en la posibilidad de la prueba penal.

Como punto de partida para esa reflexión tómese el siguiente problema: una observación más o menos detenida de la práctica judicial resulta suficiente para percatarse de la complejidad que supone, en el contexto de un proceso penal, establecer acuerdos definitivos acerca del sentido que objetivamente puede atribuirse a un determinado medio de prueba, y del valor específico que a cada uno de ellos cabría darle. El hecho de que cada medio de prueba sea

susceptible de diversas interpretaciones y valoraciones pone de manifiesto la problemática, acerca de las condiciones epistemológicas en las que le resulta posible a un juez llegar a conclusiones verdaderas. Cuestión esta para cuya respuesta suele asumirse, normalmente, una postura entre dos extremos teóricos a saber:

- a. O bien se parte del supuesto de que debe existir un único método de análisis probatorio idóneo para producir una igualmente única, satisfactoria, racional y definitiva solución.
- b. O bien se adopta la premisa de que, por el contrario, la labor de juzgamiento se contrae a una suerte de conclusiones extraídas a partir de impresiones, intuiciones y emociones particulares, los que convertirían la actividad probatoria en una operación racionalmente incontrolable, por su inevitable permeabilidad a la subjetividad del funcionario.

Para admitir lo primero se debe estar persuadido de la existencia de una única realidad *objetiva* ubicada en un mundo exterior, y de que dicha realidad puede ser aprehendida por el funcionario judicial a partir de un estudio racional del acervo probatorio. Lo segundo, en cambio, aun cuando no supone necesariamente la negación de la existencia de esa realidad *objetiva*<sup>1</sup>, si implica rehusar la posibilidad de su comprensión, a partir del convencimiento de que el funcionario judicial solo puede abarcar el sentido de las evidencias a partir de sus particulares e individuales estructuras conceptuales.<sup>2</sup>

En el estado de la dogmática procesal penal no es posible sostener alguno cualquiera de estos dos extremos teóricos. Tampoco puede afirmarse que la cuestión pueda ser resuelta mediante posturas eclécticas, tal como parece haberlo hecho la doctrina clásica, a partir de una aparente y artificial distinción entre una *verdad material* y una *verdad procesal* (Mittermaier, 1979).<sup>3</sup> La solución se encuentra en el redimensionamiento de algunos conceptos

fundamentales, en orden a hacerlos más pragmáticos y consecuentes con nuestra modesta capacidad epistemológica. Los grandes temas que en materia probatoria inquietan a la doctrina jurídico-penal solo pueden resolverse, luego de que sean redefinidos algunos conceptos tan fundamentales como: <<verdad>>, <<objetividad>>, <<subjetividad>> o <<prueba>>; lo que a su turno habrá de abordarse, necesariamente, a partir de la filosofía del derecho.

Desde la segunda mitad del siglo pasado, ya es posible encontrar algunos trabajos puntuales que intentan abordar los problemas procesal-penales, partir de una revisión de los conceptos fundamentales que se realiza mediante el recurso a la filosofía analítica,<sup>4</sup> al estructuralismo<sup>5</sup> o al funcionalismo.<sup>6</sup> Por consiguiente, muy poco de lo que se pueda decir en este trabajo es completamente novedoso, tratándose quizás de otro esfuerzo más por avanzar en la línea de algunos de los más decantados horizontes de investigación teórica.

---

1 Karl Heinz Gössel (1991, Pág. 63) sostiene que: "(...) es exacto que nosotros no podemos comprender completamente los objetos de nuestro reconocimiento. Pero ello, en nuestra opinión, no justifica negar la existencia de objetos independientes de la representación, y no porque estimemos una contradicción querer reconocer algo que solo existe en nuestra representación". A partir de esa conclusión sostiene este autor que, si se acepta la existencia de objetos independientes de la representación, entonces debe aceptarse que es posible establecer si esos objetos en realidad corresponden con la <<imagen>> que de ellos se ha formado el juez, en orden a establecer la corrección de la decisión judicial. Sobre este particular, no existen razones convincentes para afirmar la inexistencia de una realidad por fuera de la mente del sujeto y, por tanto, de objetos <<en si>>. El punto fuerte del subjetivismo está más en negar la posibilidad de aprehender esos objetos tal como están en el mundo exterior – fuera de su mente –, que en negar su existencia. En consecuencia, no parece plausible la conclusión de que a partir de ello haya de inferirse que es posible realizar un juicio de correspondencia para determinar si la <<imagen>> mental que se ha formado el juez se adecua, en algún grado, a esos objetos tal como son en el mundo exterior.

2 No parece haber discusión en cuanto a que los factores subjetivos permean la totalidad del proceso penal y, particularmente, las dos actividades medulares en la elaboración de la decisión judicial: 1. La interpretación de las normas jurídicas; y 2. la interpretación y valoración de los medios de prueba. A este respecto, la tesis de una interpretación dinámica del derecho por MULLINS (2003, Pág. 29), a partir de una cita de ESKRIDGE (ESKRIDGE, William N. Jr. Dynamic Statutory Interpretation), en los siguientes términos: "As he put in a later work 'interpretation is dynamic, in the sense that the meaning of a statute will change as social context change, as new interpreters grapple with the statute, and as the political context change'. Apparently he means that: (1) judge inevitable import their own experience into the context used when applying statute (...)".

3 Una postura semejante es prolífica en la doctrina y, por ello, no se puede dar cuenta de todos quienes la han sostenido. Sin embargo, una interesante y completa exposición de ella puede ser encontrada ya en Mittermaier (1979).

4 Es innegable la importancia que ha tenido la filosofía analítica, gracias a las aportaciones de teóricos como Bertrand Russell o Ludwig Wittgenstein, en los trabajos realizados por filósofos del derecho tan influyentes en la actualidad como Chaïm Perelman y Robert Alexy (teoría de la argumentación jurídica), H.L.A Hart (neopositivismo jurídico) o Jürgen Habermas (teoría de la acción comunicativa), entre muchos otros.

5 Aunque cierto sector de la filosofía ha llegado a sostener que el estructuralismo ha muerto como metodología de pensamiento, no es justo desconocer las aportaciones que desde esa corriente se han hecho a la filosofía del derecho. Así, es inquestionable la actualidad que cobran, por ejemplo, trabajos como los de Michell Foucault. De hecho, un sector de la filosofía habla de la existencia de un neo estructuralismo y, en filosofía del derecho, de un estructuralismo funcional.

6 Quizás la influencia del funcionalismo, gracias a los aportes de Niklas Luhmann, sea mucho más tangible en el derecho penal, justamente por su cercanía a la concepción funcionalista radical (normativismo) del derecho penal.

### 1.1.2. Objetividad y subjetividad

La literatura jurídica utiliza normalmente los vocablos <<objetivo>> y <<subjetivo>> en su acepción tradicional. Cuando se utiliza el término <<objetivo>>, normalmente es para referirse a los fenómenos "en sí" mismos considerados. De manera que cuando se alude al carácter "objetivo" de una realidad que puede ser probada en el proceso, se implica así mismo la existencia de una realidad por fuera del funcionario judicial que conoce; una realidad que existe y que "es", con independencia de las creencias, opiniones o convicciones propias de los sujetos procesales. Por el contrario, cuando se apela a la expresión <<subjetivo>>, normalmente se refiere a aquello que es relativo a la persona, y que determina la especial manera que cada uno tiene de aprehender los fenómenos; por lo "subjetivo", usualmente se alude a aquel carácter que hace que el funcionario judicial sea incapaz de aprehender los medios de prueba como son "en sí" mismos, y que se vea compelido a apreciarlos solo bajo el prisma de su particular modo de pensar, arrastrando a este proceso sus creencias, sus concepciones jurídicas y sus filiaciones políticas, religiosas o filosóficas.<sup>7</sup>

La doctrina epistemológica de Kant sigue siendo uno de los más importantes referentes en cuanto a la reflexión sobre la objetividad y la subjetividad del conocimiento se trata, y sus conclusiones entorno a este particular mantienen su vigencia como referente ineludible, dentro de cualquier discusión sobre el problema (Kant, 1978). Su tesis acerca de que el conocimiento (científico) consiste en la aplicación de las formas *a priori* sobre la materia<sup>8</sup> permite aproximarse con mucha claridad, y desde una perspectiva eminentemente racional, a la comprensión de los motivos por los cuales no es consistente afirmar la posibilidad de un conocimiento "puramente objetivo" (Cardenal, 2001). Si el proceso de conocimiento supone una actividad intelectual en la que el sujeto aprehende los fenómenos solo mediante la aplicación de las formas *a priori* al objeto de conocimiento, entonces cabe sostener que el agente es incapaz de conocer el objeto "en sí", y que solo puede conocer el objeto "en mí"; dicho en otras palabras, no puede conocer la esencia del fenómeno como realidad dada en un mundo exterior – por fuera de la mente del sujeto que conoce y con independencia de éste -, sino que solo puede conocer el objeto tal y como se le representa a él gracias a las formas *a priori* existentes en su mente.<sup>9</sup>

Bajo una doctrina epistemológica semejante parece plausible sostener, que es imposible que el funcionario judicial pueda conocer "objetivamente" los medios de prueba allegados al proceso y, por consiguiente, sería igualmente insostenible afirmar la posibilidad de que el juez pueda conocer los hechos materia de juzgamiento tal como son "en sí"; esto es, tal como ocurrieron en la realidad histórica dada con independencia del funcionario que los valora.<sup>10</sup> En esta línea, no hay problema en admitir que la mecánica de la episteme judicial se encuentra configurada de manera tal que, durante el proceso de estudio de los medios de prueba, el funcionario se halla sesgado por sus creencias morales, sus convicciones políticas, sus concepciones jurídicas etc.<sup>11</sup> No obstante, admitir una consideración semejante no debe llevar a defender posturas radicalmente subjetivistas,<sup>12</sup> en el sentido de afirmar que las decisiones judiciales están, en la práctica, determinadas únicamente y exclusivamente por los factores puramente subjetivos que afectan a cada funcionario en particular.

La negación de cualquier forma de objetividad dentro del proceso de estudio de los medios de prueba arrastra consigo un indeseable relativismo que, de un lado, no puede sostenerse del todo empíricamente y, de otro, resquebraja las instituciones que aseguran la coherencia del sistema de procesamiento criminal, respecto de los valores e ideales del Estado de derecho.<sup>13</sup> Frente a lo primero, no puede dejarse de lado que, en no pocas oportunidades, los medios de prueba aportados al proceso son de tal naturaleza que sería necio soslayar la existencia de algún grado de "objetividad".<sup>14</sup> Si bien es cierto que un testimonio es un medio de prueba que, dependiendo de su contenido, resulta más o menos susceptible de interpretación – de tal suerte que su apreciación y valoración puede encontrarse determinada por factores subjetivos que afectan al funcionario –, no es menos cierto que existen otros medios de prueba – como el documento – cuyos alcances dentro del proceso se muestran claramente más objetivos.<sup>15</sup>

En cuanto a lo segundo, es de resaltar que la aceptación absoluta (no morigerada) de un subjetivismo-radical en la actividad de apreciación y valoración de los medios de prueba convierte la función jurisdiccional en un ejercicio racionalmente incontrolable, el cual resquebraja la estructura de un derecho procesal penal garantista, como mínimo, en los siguientes puntos (Ibáñez, 2003):

a. *Principio de legalidad.* De ser cierta esta postura (la subjetivista-radical), sería inconcebible cualquier intento de predicción de las decisiones judiciales, lo que de suyo elimina la posibilidad de seguridad jurídica, como uno de los fines primordiales del principio de legalidad.

b. *Principio de doble instancia.* La aceptación de una tesis subjetivista-radical supone el convencimiento de que la decisión judicial se forma gracias a un conjunto incommensurable de datos que, demás ser aprehensibles solo mediante el contacto directo entre el funcionario y los medios de prueba (defensa del principio de inmediación), y precisamente por ello, determinan el juicio del funcionario de manera "casi subconsciente". En este entendido, si el *ad quem* no ha tenido la oportunidad de estar en contacto directo con los medios de prueba y, por consiguiente, tampoco ha tenido acceso a los datos que subconscientemente formaron el convencimiento del *ad quo*, entonces aquel no estaría en una posición idónea para juzgar la corrección de la decisión de primera instancia. Una conclusión semejante es suficiente para sostener, que la tesis subjetivista-radical se muestra completamente incompatible con la revisión de las decisiones judiciales en segunda instancia y, también, en casación.

c. *Deber judicial de motivación.* En primer lugar, al aceptarse que la decisión judicial se encuentra exclusivamente determinada por los factores subjetivos que afectan al funcionario, pierde sentido el deber de motivar las providencias, en tanto que los argumentos presentados para la adopción de cualquier resolución judicial se harían incontestables e incontrovertibles. Y, en segundo lugar, habría también de aceptarse que, cómo el proceso de "persuasión" – formación del convencimiento del juez – ocurre a un nivel subconsciente, entonces resulta prácticamente imposible que el funcionario judicial pudiera dejar en la providencia expresa constancia de todos los motivos que realmente lo llevaron a tomar esa decisión. En este orden de ideas, y sumado a lo ya dicho sobre este particular, perdería toda razón de ser la revisión de las decisiones judiciales en segunda instancia o en casación, por cuanto la tesis subjetivista-radical supone la negación de la posibilidad de motivar adecuadamente una providencia, así como la afirmación de la inexistencia de criterios objetivos para determinar si una decisión se haya o no debidamente motivada.

d. *Derecho de defensa.* Las dificultades observadas, en últimas, terminan traduciéndose en la negación del derecho de defensa, por cuanto no solo dejan al acusado a la merced del personal e incontrolable criterio del funcionario judicial, sino también porque es la negación de cualquier posibilidad de controvertir objetivamente las decisiones que afectan sus intereses.

7 Sobre esta distinción entre objetividad y subjetividad es interesante la distinción que formula Frank (1991, Pág. 65) al señalar que: "Como las palabras 'subjetivo' y 'objetivo' son ambiguas, debo, para evitar malos entendidos, reseñar lo que me propongo decir con ellas. No uso 'subjetivo' para significar lo 'no real', u 'objetivo' para significar lo 'real'. Con 'subjetividad' designo lo que algunas personas prefieren llamar 'relatividad'. Siguiendo, de una manera general, la guía de Bertrand Russell, uso 'subjetivo' para designar cualquier resultado debido a perspectivas limitadas, singulares, particulares. En ese sentido, 'objetivo' significa la suma total de lo que proviene de todas las perspectivas posibles. Lo 'subjetivo' es, entonces una visión real pero parcial, restringida".

8 Una interpretación semejante de la epistemología Kantiana, aplicada al estudio del derecho penal, puede encontrarse en: Cardenal (2001).

9 Poética pero incompasiva es la visión de Nietzsche (1967, Pág. 61) al respecto, cuando dice: "¡Hombres desengaños, que os creéis invulnerables para la imaginación y las pasiones, que gustaríais de hacer vuestra doctrina objeto de adorno y orgullo: realistas os llamáis, dando a entender que el mundo es realmente tal como se os aparece y que delante de vosotros solo la verdad se quita sus velos y que quizás sois vosotros mismos la mejor parte de esa verdad, ioh imágenes bien amadas de Sais!".

10 Al respecto es sugerente la observación de Frank (1991, Pág. 57): "Los jueces o jurados, al considerar la credibilidad (o falta de credibilidad) de los testigos, se encuentran poderosamente influidos por sus respectivas 'idiosincrasias y perjuicios personales', que son 'inarticulados o inconscientes', pero que usualmente nadie puede 'desentrañar'. Uno puede llamar a estos perjuicios 'Standards valorativos'. Pero comúnmente estos 'standars valorativos' resultan de 'distorsiones egocéntricas' profundamente escondidas, no correlacionada con 'patrones de valor de vigencia colectiva'. Un juez, sin darse cuenta de ello, tiene un fuerte sentido de antagonismo hacia un testigo porque éste tiene nariz respingona, o un tic facial, o luce una corbata de moño, o usa anteojos, o es pelirrojo, o italiano, o masón, o católico o habla con acento sureño".

11 En apoyo a esta afirmación puede citarse el artículo publicado por Guthrie et. al. (2002, Pág. 2), el cual condensa los resultados de una investigación empírica llevada a cabo sobre 167 jueces federales de los Estados Unidos, los cuales se resumen en la siguiente conclusión: "To being to answer this question, we conducted an empirical study to determine whether five common cognitive illusions –anchoring, framing, hindsight bias, inverse fallacy, and egocentric bias – would influence the decision making of a sample of 167 federal magistrate judges. We administered a brief questionnaire to these judges during a general educational conference sponsored by the Federal Judicial Center. We found that each of these cognitive illusions influenced their decision-making processes."

12 Una postura radical al respecto, por ejemplo, podría ser el denominado <<emotivismo>>. Stevenson (1944) es uno de los principales exponentes de esta corriente, y defiende la tesis de que las proposiciones normativas tienen, además de esas funciones descriptivas, la de influir en la psique y en la emoción de las personas. Según Stevenson, la relación entre los argumentos que fundamentan una proposición normativa no es lógica (ni inductiva ni deductiva) sino psíquica. Esta tesis se puede explorar con profundidad en Alexy (1989, Pág. 64).

Bajo la perspectiva del paradigma de modelo procesal que desde la ilustración se viene asumiendo como "ideal", la función judicial debería consistir, simplemente, en un proceso de aplicación metódica de la razón práctica, ordenado sistemáticamente bajo criterios de naturaleza tal que, además de eliminar cualquier espacio de discrecionalidad por parte del juzgador, conduzca siempre a la misma conclusión frente a casos idénticos, y a soluciones en todo caso satisfactorias desde el punto de vista de la verdad y la justicia material. Sin embargo, además de que no existen razones de fondo para sostener que deba ser éste, y solo éste, el paradigma de modelo de procesamiento criminal ideal, obsérvese que un modelo semejante resulta imposible, al menos, si se sostiene un concepto de <<objetividad>> como el que ha venido manejando la literatura jurídica tradicional.

De cara a la redefinición del concepto clásico de <<objetividad>>, por otro más consecuente con nuestras necesidades prácticas y nuestras limitaciones epistemológicas,<sup>13</sup> el pragmatismo filosófico norteamericano ha venido avanzando en una línea de investigación que parece acertada. Ella es un intento de revisar el concepto de <<objetividad>> a partir de una visión constructivista de la realidad, que se apoya en las aportaciones que han sido realizadas por la tradición que se mueve por la senda de la filosofía analítica, a propósito de la problemática de la estructura del lenguaje y la formación de consensos sociales. Esta otra idea de la <<objetividad>> se explica esencialmente por el argumento, de que entre la "objetividad" y la

"subjetividad" no existe una diferencia fundamentada en la naturaleza del contenido de las premisas a partir de las cuales se articula el conocimiento del objeto de estudio, sino únicamente una diferencia acerca de la aptitud para alcanzar grados de consenso en torno a la validez de dichas premisas. En este sentido, puede decirse que la diferencia entre la "objetividad" y la "subjetividad" no estaría cimentada ya sobre la dualidad tradicionalmente establecida entre la "realidad dada en el mundo exterior", versus, "estructura mental del sujeto", sino por una distinción acerca de la facilidad o dificultad con la que pueden establecerse grados de consenso acerca de la validez de las premisas referidas al objeto de conocimiento.

Para una aproximación más profunda a esta idea de objetividad conviene recordar las palabras de Richard Rorty cuando explica que:

*"Para los pragmatistas, el deseo de objetividad no es el deseo de evitar las limitaciones de la propia comunidad, sino simplemente el deseo de consenso intersubjetivo tan amplio como sea posible, el deseo de extender la referencia del <<nosotros>> tan lejos como sea posible. (...) Cuando los pragmatistas hacen la distinción entre conocimiento y opinión es simplemente la distinción entre temas en los que el consenso es relativamente fácil de obtener y temas en los que el consenso es relativamente difícil de obtener" (Rorty, 1996).*

13 Al respecto, Gössel (1991, Pág. 64) opina que: "La posición solipsística, según la cual todo no es más que un producto de nuestro poder de pensamiento, la considero pura pérdida de tiempo".

14 En relación con este punto llama profundamente la atención la observación que hace Frank (1991, Pág. 69) en cuanto a que: "Hay, también, una ambigüedad perturbadora en la palabra 'hecho'. Los 'hechos' son ambas cosas: 'subjetivos' y 'objetivos'. 1) Los hombres tropiezan con aspectos de la experiencia que son resistentes, obstinados, dotados de duros núcleos completamente independientes de las respuestas humanas que ellos suscitan. Así, hablamos de hechos 'desnudos'. El juez Holmes los describió acertadamente como 'inevitables' (Can't Helps) aquellos contra los cuales 'tropiezamos' los hombres. Barry se refiere a ellos como experiencias 'coercitivas' o 'compulsivas' y Kenneth Burke, como 'la recalcitrancia de los materiales' que coaccionan nuestros pensamientos, sentimientos y acciones. Estos 'inevitables' no llegan a nosotros en bruto, porque en alguna medida están formados o modelados por nuestros 'órganos sensoriales', en verdad por nuestros organismos íntegros; sin embargo, como nuestros organismos no son hechos por nosotros mismos, los datos del 'mundo exterior' que percibimos por su intermedio son parte de la obstinación de la experiencia. 2) Pero nosotros no aceptamos mecánica y fijamente estos datos. De acuerdo con los variables propósitos y necesidades humanas, trabajamos con ellos, seleccionando alguno, interpretándolos. Un hecho humano, como dice F.C.S. Schiller, es un 'hecho-con-un-propósito-en-vista'. Los diversos propósitos humanos, al confrontar la misma experiencia, dan como resultado 'hechos diferentes'. Un martillo no es el mismo hecho para un carpintero, un pintor, un poeta, un físico y un asesino. Lo que los hombres 'proyectan' afecta a sus hechos. Los hechos, en ese sentido, son algo 'blandos', por tratarse de valoraciones en los intereses de los hombres. Un hecho, así considerado, es una interpretación humana selectiva – un punto de vista o actitud concerniente, por ejemplo, a una teoría o generalización- de alguno de los inevitables. Así, la línea entre un 'hecho' y una 'teoría' o generalización es a menudo oscura: un 'hecho' – en razón de ser una selección o interpretación guiada por un propósito de algún fragmento de la experiencia humana- es una especie de 'teoría' o generalización, una 'teoría' o generalización es una especie de 'hecho'".

15 Sobre este punto es muy sugerente el artículo publicado por Kalpokas (2004), en el cual pone de manifiesto la existencia de ciertos datos sensorialmente perceptibles que, por su especial naturaleza, anclan el conocimiento a una suerte de mundo – o versión del mundo – que es aprehendido por todos de una manera casi idéntica, y respecto de los cuales no cabe seriamente predicar "subjetividad" en ningún sentido.

16 Es acertada la posición de Rorty (1996, Pág. 24) cuando afirma que: "La necesidad humana que se satisface por el intento de situarse fuera de todas las necesidades humanas – la necesidad de lo que Nagel denomina <<trascendencia>> - es una necesidad que según los antirrepresentacionalistas no es culturalmente deseable exacerbar. Consideran que esta necesidad es eliminable por medio de una educación moral adecuada – una educación como recomienda Nagel, que eleve a las personas desde la posición de <<humildad>> -. Esta educación intenta sublimar el deseo de estar en relaciones adecuadamente humildes con realidades no humanas en el deseo de encuentros libres y abiertos entre seres humanos, encuentros que culminan o en el acuerdo intersubjetivo o en la tolerancia recíproca."

Resulta convincente el argumento de que la objetividad es posible en tanto que, y solo en la medida que, exista una premisa en torno a la cual sea relativamente fácil llegar a "acuerdos intersubjetivos".<sup>17</sup> De tal suerte que ya no se depende de la posibilidad de conocer o no el objeto "en sí", sino de la posibilidad de establecer un acuerdo intersubjetivo tan amplio como sea posible, en torno al sentido que habrá de dársele al objeto tal como se nos representa a partir de nuestra racionalidad colectiva.<sup>18</sup>

En lo que al tema procesal penal que nos ocupa se refiere, esta construcción teórica cuenta con una capacidad de rendimiento mucho mayor que la ofrecida por la literatura jurídica tradicional, cuando quiera que, por encima de la innata limitación epistemológica del funcionario para apreciar los medios de prueba "en sí mismos", cobra particular importancia la capacidad que éste tenga, como individuo representativo de la idiosincrasia<sup>19</sup> colectiva, para alcanzar interpretaciones y valoraciones en torno a la cuales sea relativamente fácil llegar a acuerdos intersubjetivos. El concepto de <<objetividad como acuerdo intersubjetivo>> resulta ciertamente más útil a los propósitos del proceso penal que el concepto de <<objetividad como realidad dada en el mundo exterior>>, toda vez que abre la posibilidad para que, una vez construidas las premisas probatorias sobre las cuales sea relativamente fácil establecer un acuerdo intersubjetivo, la sentencia judicial pueda elaborarse a partir de ellas con las seguridades que razonablemente pueden esperarse para el adecuado funcionamiento de un sistema de procesamiento criminal garantista.

Con todo, y aun cuando la reconceptualización de la <<objetividad>> ha ofrecido una perspectiva distinta desde la cual manejar con mayor comodidad los problemas epistemológicos implícitos en el proceso penal, no debe sin embargo sobreestimarse su actual estado de desarrollo, por cuanto aún subsisten preguntas medulares que quedan sin responder – o, en el mejor de los casos, parcialmente respondidas-.

En efecto, el siguiente paso que ha de dar la dogmática procesal penal, en vía de desarrollar el potencial teórico de este concepto de "objetividad" ofrecido, es definir un criterio (o sistema de criterios) para determinar, al interior de un proceso penal, entorno a cuáles interpretaciones y valoraciones puede llegarse fácilmente a acuerdos intersubjetivos. Dicho en otras palabras, un criterio (o sistema de criterios) para determinar cuál es la interpretación y valoración susceptible de un acuerdo intersubjetivo fácil de obtener (Alexy, 1989).<sup>20</sup>

En punto a la determinación de este criterio se requiere, empero, una matización ulterior. Existen dos problemas distintos que deben ser considerados por separado:

a. Por un lado, se debe resolver el asunto de cómo determinar si la interpretación y/o valoración que el juez ha dado a un medio de prueba, realmente coincide con la interpretación y/o valoración entorno a la cual ha podido llegar a un acuerdo intersubjetivo; esto es, cómo evitar la arbitrariedad de la decisión.

b. Y, por otro lado, se tiene la cuestión de qué hacer en aquellos casos en los que no es fácil llegar a un acuerdo intersubjetivo sobre la interpretación y/o valoración que debe darse a un medio de prueba, es decir, los casos de completa *subjetividad*.<sup>21</sup>

17 Esta concepción de la <<objetividad como acuerdos intersubjetivos>> no solo hoy goza de amplia aceptación, sino que es determinante para comprender la aportación del neokantismo a la teoría del delito. Así lo sostiene Cardenal (2001) cuando explica que: "Este reconocimiento de la relevancia metodológica de los valores es positivo en la medida en que permite un mayor control de la "objetividad" y la coherencia global de aquellas propuestas, una "objetividad" que, a diferencia de lo que Rickert pensaba, enlazando con la opinión de Dilthey y la filosofía hermenéutica hoy se admite de modo mayoritario que es, más bien, una "intersubjetividad" en relación con la validez o vigencia de ciertos valores."

18 De un supuesto semejante a este parte algún sector de la filosofía analítica, al estudiar las estructuras del lenguaje. Este sector de la doctrina entiende que los enunciados no guardan, respecto de los objetos a los que se refieren, otra correspondencia distinta que la que proviene de la convención social que ha resuelto identificar el objeto con ese específico enunciado. En este sentido, los enunciados no <<representan>> en modo alguno los objetos a los que se refieren. Respecto a la relación e importancia de este razonamiento frente a la interpretación de las normas jurídicas puede verse la posición de Mullins (2003, Pág. 38), quien sostiene entre otras cosas que: "A couple of generations ago, we seemed to be on the way to understanding this. Words are symbols. 'The Word is not the thing' which it symbolizes."

19 Una postura como ésta, si bien no se opone a los sistemas de procesamiento criminal con jueces magistrados (jueces peritos en derecho), sí mostraría una preferencia hacia los sistemas con jueces ciudadanos (jurados de conciencia), por cuanto en estos el grado de democratización de la administración de justicia es mayor, facilitando que la decisión sea adoptada por sujetos que en realidad representan la colectividad, y encarnan las creencias y los valores que caracterizan una sociedad.

20 En orden a la definición de un método tal - apunta Alexy (1989) - se han propuesto al menos tres clases de teorías para lograr objetividad en las decisiones: 1. Las que sugieren al juez ajustarse a los valores colectivos; 2. las que le sugieren guiarse por el sentido total del ordenamiento jurídico; y 3. las que buscan un orden valorativo objetivo.

21 Es relevante, para una adecuada comprensión de la necesidad de encontrar los criterios requeridos, hacer una analogía con lo que Hart (1998) diferencia como "casos fáciles" y "casos difíciles" (Sobre este tema también se puede consultar a Paramo, 1984, Pág. 34). Así, los casos fáciles se caracterizarían porque en ellos existe un acuerdo intersubjetivo entorno a la interpretación y valoración que merecen los medios de prueba. En cambio, los casos difíciles se identificarían porque en ellos no existe ningún acuerdo intersubjetivo entorno a la valoración e interpretación de los medios de prueba, por lo que el juez está desprovisto de cualquier criterio objetivo para adoptar una decisión. Es en estos últimos casos, en los que se requiere un criterio como el que actualmente se demanda de la moderna dogmática penal y procesal penal.

Aun cuando estos interrogantes serán abordados en detalle más adelante, preliminarmente podría señalarse que, frente a lo primero, habrá de buscarse un criterio (o sistema de criterios) que, en todo caso, facilite al funcionario la labor de distinguir entre aquellas interpretaciones y/o valoraciones personales en las que el juez está sólo – o sea, en las que su postura es aislada y, por ello, no compartida por la mayoría de sus conciudadanos -, de aquellas respecto de las cuales es relativamente fácil construir un acuerdo intersubjetivo, debiendo tomar éstas últimas como punto de referencia para la construcción de la sentencia.<sup>22</sup> Y en cuanto a lo segundo, el principio *in dubio pro reo*<sup>23</sup> puede parcialmente venir a llenar este vacío, como criterio material idóneo para resolver satisfactoriamente (de modo <<justo>>, si se permite la expresión) los eventos en los que, ante la ausencia de un acuerdo intersubjetivo al respecto, se duda sobre la interpretación y/o valoración que debe dársele a los medios de prueba.<sup>24</sup>

Ahora bien, debe no obstante reconocerse que lo dicho hasta ahora, en relación con la <<objetividad como acuerdos intersubjetivos>>, nada refiere sobre si la premisa entorno a la cual se ha llegado a dicho acuerdo intersubjetivo es o no verdadera. Y es que, ciertamente, el hecho de que entorno a una proposición se haya generado un acuerdo intersubjetivo, no implica necesariamente que aquella sea verdadera.

La adecuación de la decisión judicial a la verdad es un ideal que se debe intentar alcanzar, por cuanto éste promueve el perfeccionamiento moral que debe buscar toda sociedad, en orden a la realización de los valores que le dan sentido. Adicionalmente, la actualización de dicho ideal, cuando ello es posible, pone al Estado en una condición de "supremacía moral" que lo llena de autoridad y legitimidad para hacer uso del *ius puniendi*. Lo contrario, esto es, afirmar que resulta irrelevante si la decisión judicial es o no materialmente verdadera, abre la puerta a dos situaciones indeseables: por una parte, daría lugar a la aplicación de un derecho carente de contenido material, en el cual lo único importante es el cumplimiento de la norma,<sup>25</sup> y en el que el ordenamiento jurídico pierde su función social – sería el simple y llano cumplimiento del derecho por el derecho mismo -. Y de otro lado, da vía libre a tolerar la validez de decisiones que aun cuando legalmente adecuadas no son materialmente justas, permitiendo lo que algún sector de la doctrina conoce como criminalidad de estado (Gössel, 1991, Pág. 676).

Mas aún, a lo anterior debe adicionarse el hecho de que la gran mayoría de las constituciones, al menos en lo que podría denominarse como el bloque de las democracias occidentales, imponen al Estado el deber de velar por la realización de la justicia material (Gössel, 1991, Pág. 70), con lo cual se impone a la jurisprudencia el deber de utilizar los medios necesarios para asegurar que sus decisiones sean justas y, por implicación, verdaderas.

22 Como la formación de un consenso real y efectivo es imposible, pareciera entonces que bastara con que ese consenso fuera potencial; es decir, que con base en ese criterio pudiera establecerse si la interpretación y valoración realizada por el juez es aceptable "por todos" o, quizás, "para todos". Con ello parece que se vuelve, guardadas proporciones, a un criterio objetivo racional como el imperativo categórico kantiano de: "Obra de tal forma que quieras que tu acción se convierta en una ley universal".

23 Sobre este particular, explicaba Cornelutti (1946, Pág. 212) que "Esa relatividad de la ley, la cual se resuelve, después de todo, en su falibilidad, explica la naturaleza de la duda, como transición del no conocimiento al conocimiento; dudar no es ignorar, sino contraponer una razón a otra, lo que supone la posibilidad de razones pro y contra, o sea el contraste de las razones". Y entre los autores contemporáneos es sugerente la observación que, respecto del principio de presunción de inocencia, hace Ferrer (2002, Pág. 40) al señalar que "vale la pena hacer una rápida mención del juego de la negación respecto de enunciados como 'Esta probado que p'. Así, es importante percibir que este tipo de enunciados admiten dos negaciones distintas, una interna y otra externa, que no deben ser confundidas. La negación interna del enunciado ('Esta probado que no-p') afirma la prueba de una proposición: en concreto, de la proposición que describe la no-ocurrencia de un hecho. En cambio, la negación externa del enunciado ('No está probado que p') no dice nada acerca de la ocurrencia o no de hecho alguno (externo al proceso): simplemente afirma la falta e elementos de juicio suficientes para considerar probada la ocurrencia de un hecho".

24 El principio *in dubio pro reo* puede usarse para resolver el segundo problema, pero no para solucionar el primero. Al efecto, nótese cómo en el primer caso, el problema radica en que existiendo un acuerdo intersubjetivo, se debe asegurar que el funcionario judicial se ciña a él y no imponga su criterio personal aislado; de tal suerte que por el hecho de existir ese acuerdo intersubjetivo, por razones de acierto de la decisión, corresponde aplicar ese criterio aun cuando sea menos favorable al procesado. En cambio, en el segundo caso, el problema radica en que no existe acuerdo intersubjetivo y, por lo mismo, no hay seguridad acerca de cuál es la interpretación o valoración que debe dársele, pudiéndose entonces, por razones de justicia y política-criminal, aplicar de todas las opciones posibles aquella que más favorece al procesado.

25 La <<verdad formal>>.

### 1.1.3.1. Concepto clásico.

En lo que hace al primero de ellos, ya en la Alegoría de la Caverna (Platón, 517b) es posible encontrar una formulación concreta de los cimientos sobre los cuales se yergue el concepto clásico de <<verdad>>, y por ello resulta válido tomar este referente como punto de partida. En La República (Ibidem), Platón diferencia con claridad dos mundos: el mundo de los fenómenos y el mundo de las ideas. Para él, el mundo de las ideas es el mundo de lo “verdadero”, el mundo de lo “real”, de lo que “es”; un mundo que, por su naturaleza, es eterno, inmutable. El mundo de los fenómenos, por el contrario, es el mundo de las representaciones imperfectas, un mundo de imitaciones defectuosas; un mundo que, por oposición, es “no real”. Esta distinción entre un mundo de lo “real” y un mundo de “representaciones imperfectas” es, según una concepción generalizada, la idea modular de un concepto de <<verdad>> definido como: “*adaequatio intellectus et rei*”.

En el epicentro del concepto clásico de <<verdad>> se encuentra la creencia, de que la “verdad” está allí donde la idea del objeto se adecua al objeto tal como es éste en la realidad. Es decir, un concepto de <<verdad como correspondencia>> entre la idea y la realidad. En La República, la verdad se adquiere cuando se asciende al mundo de las ideas desde el mundo de los fenómenos, porque solo allí, en el mundo de las ideas, el individuo puede aprehender la realidad de los objetos; solo allí se puede ver como son en “realidad” los objetos y, por ende, solo allí la representación mental que se hace coincide con la realidad del objeto.

La dogmática procesal clásica ha construido la teoría general del proceso penal a partir de un concepto de <<verdad como correspondencia>>, y ello es latente a partir de la manera en la que se entiende el proceso cognitivo que lleva a cabo el funcionario para la emisión de la sentencia.<sup>26</sup> Lo que define el modelo clásico es que acepta como válido el postulado de que existe la posibilidad de que el juez se aproxime a la “verdad” de los hechos, a partir de un análisis histórico de los medios de prueba. Es decir, se cree en la posibilidad de que el juez abarque, en algún grado, y gracias al estudio de los medios de prueba, los hechos tal y como ocurrieron en la “realidad”.<sup>27</sup> Con todo, y pese a esta presuposición, quienes defienden esta tesis coinciden en admitir que el derecho es consciente de las limitaciones humanas, y por consiguiente no le exige al juez que para emitir el fallo tenga pleno conocimiento y absoluta seguridad acerca de la forma en que ocurrieron los hechos. Ellos son categóricos al afirmar que el derecho solo le exige al juez que tenga “certeza”;<sup>28</sup> esto es, el profundo convencimiento de que es altamente “probable” que los hechos hubieran ocurrido tal como se los representa.<sup>29</sup> Como corolario de la anterior distinción establecen también una ulterior diferencia entre una “verdad material” y una “verdad formal”, a partir de lo cual se aclara que la certeza que se le exige al funcionario se relaciona con la *verdad formal*, en tanto que verdad que emerge como *probable* a partir de los medios de prueba, y muy a pesar que, en algunos casos, pueda no coincidir con la *verdad material* de los hechos históricos.

26 Mittermaier (1979, Pág. 72), por ejemplo, sostenía que “La verdad es la concordancia entre un hecho real y la idea que de él se forma en el entendimiento”. A continuación, y luego de diferenciar entre la verdad lógica, la verdad trascendental y la verdad empírica, afirma que “La verdad histórica, objeto de nuestros estudios, es aquella que procuramos obtener siempre que queremos asegurarnos de la realidad de ciertos acontecimientos, de ciertos hechos realizados en el tiempo y en el espacio”.

27 Ello es latente incluso en autores posteriores a la ilustración, como por ejemplo Carnelutti (1946, Pág. 147), quien sostenía que “Entre la finalidad y el resultado del proceso la diferencia está, pues, señalada por el error judicial. La consecuencia del error judicial es la separación entre el delito y la pena: según que el error sea positivo (afirmación de un delito, que no existe) o bien negativo (negación de un delito, que existe) el delito queda sin pena o bien la pena se aplica sin delito”.

28 Sobre la certeza explica Muñoz Sabate (1993, Pág. 64) que: “A lo que objetivamente llamamos verdad, subjetivamente denominamos certeza. Si, pues, por el lado objetivo de esa verdad, vista judicialmente, se nos presentan tales dificultades, forzoso será que desplacemos nuestra atención al campo puramente subjetivo de la prueba como única forma de hallar un nivel o medida con la cual podamos dar por lograda la evidencia judicial”. Y más adelante señala que: “La convicción es la medida psicológica de la certeza, que tiene importancia mínima en la certeza matemática pero máxima en la certeza histórica”. Por último, precisa que: “Sabemos que la prueba judicial tiende a formar la convicción del juzgador acerca de la exactitud de una de las afirmaciones controvertidas. Pero por lo mismo que en el ámbito del proceso no cabe hablar de una verdad absoluta, según tuvimos ocasión de analizar en el número anterior, la certeza judicial no pasará de ser generalmente una certeza moral o histórica, que los autores alemanes llaman verosimilitud (*wahrscheinlichkeit*) y algunos tratadistas latinos llaman certidumbre” (Ibid. Pág. 65).

29 Ilustrativa es al respecto la exposición de Ellero (1979, Pág. 14) cuando afirmaba que “El asunto de esta investigación es solo la certeza; pero la doctrina de la probabilidad háyase tan conexa con ella, que fácilmente puede deducirse. De hecho, un caso es probable en cuanto el ánimo propende más a tenerle como cierto que a desconocerle tal carácter. A medida que las dudas se aminoran, la probabilidad aumenta; una vez desvanecidas, la certeza surge. Hay, pues, un íntimo lazo entre ambas”. Y sobre este mismo tema, sostenía Carnelutti (1946, Pág. 147) que “El valor de la declaración de certeza, en términos vulgares, es éste: que cuando el juez ha juzgado que un delito ha sido cometido y que es fulano quien lo ha cometido, o bien que no ha sido cometido o que quien lo ha cometido no es fulano, este juicio vale precisamente como si así fuese establecido por el legislador”.

El problema de la teoría clásica radica en el hecho de encontrarse implícitamente estructurada sobre un concepto de "objetividad" en el sentido tradicional; esto es, sobre un concepto de "objetividad" entendida como realidad antecedente al acto mismo de conocimiento, y dada en el mundo exterior por fuera de toda representación.<sup>30</sup> A la sazón, nótese que la teoría clásica de la verdad como correspondencia exige como presupuesto fundamental, la perfecta adecuación entre la representación mental y el objeto tal como es en "sí mismo"; o sea, tal como se halla configurado en esa realidad dada "objetivamente" con independencia del sujeto de conocimiento. Al exigir que la adecuación tenga lugar precisamente en relación con esa realidad "objetiva" (en el sentido tradicional), la teoría clásica hace de la "verdad" algo utópico; inalcanzable.<sup>31</sup> En palabras de Rorty, este es un concepto de <<verdad>> que no reporta mayor utilidad – que es prescindible - precisamente porque no se ve "la manera de formular una prueba independiente de la exactitud de la representación – de la referencia o correspondencia a una realidad <<determinada de forma antecedente>> -, ninguna prueba<sup>32</sup> distinta del éxito que supuestamente se explica por esa exactitud" (Rorty, 1996, Pág. 21).<sup>33</sup>

En efecto, nótese que las partes allegan al proceso un acervo de medios de prueba, y que sobre ellos lleva a cabo el juez un ejercicio intelectual, consistente en interpretarlos y valorarlos. Como resultado del estudio conjunto de los medios de prueba que le han sido allegados, el juez debe formarse una representación del hecho objeto de juzgamiento.<sup>34</sup> La dificultad radica en que, simplemente, no conocemos manera alguna de comprobar si la representación que se ha formado el juez, corresponde con "objetividad" (en sentido tradicional) a la manera histórica en que ocurrió el hecho objeto de juzgamiento.<sup>35</sup> Es decir, una forma de comprobar la "objetividad" de la representación que de los hechos se ha formado el juez, y no a un método o procedimiento para llegar a esa representación, que es en lo que consistiría el proceso penal.

---

30 En un sentido similar, aunque no idéntico, Muñoz Sabate (1993, Pág. 28) afirma la tesis de que: "Es aquí donde precisamente radica la gravedad del problema. Tender un puente que desde la afirmación de hecho conduzca a la verdad objetiva para, de ese modo, poder trasladar los hechos a la presencia del juez. Magno esfuerzo de historificación que no siempre puede llevarse a efecto sin graves riesgos de proporcionar una imagen totalmente equivocada de la verdad, ya que nadie posee facultades demiúrgicas para verificar el pasado, y los medios normales con los que se cuenta están muy lejos de ser perfectos". Y más adelante expresa: "La prueba de los hechos es en gran parte un quehacer metajurídico que participa, por tanto, no solo de las limitaciones formales que le impone el derecho, sino también de las limitaciones provenientes de otras ciencias".

31 Una referencia crítica al concepto de verdad como correspondencia, puede encontrarse también, en este mismo sentido, en Ferrajoli (1995).

32 En este aparte Rorty (1996) utiliza el término "prueba" para referirse a un examen o test que permita confirmar la exactitud de la representación. No a un medio de prueba.

33 Además de lo dicho sobre este particular, también anota Rorty (1996, Pág. 40) que: "Quienes desean fundar la solidaridad en la objetividad – llamémosles <<realistas>> - tienen que concebir la verdad como correspondencia con la realidad. Así, deben concebir una metafísica que diferencie las creencias verdaderas de las falsas. También deben argumentar que existen procedimientos de justificación de las creencias naturales y no meramente locales". En este mismo sentido, Muñoz Sabate (1993, Pág. 249) sostiene que: "Así como en las ciencias naturales el sabio comprueba en cada experimento la vigencia de la ley universal, en el marco de la investigación histórica ello no es posible salvo contados casos. Una vez la presunción nos lleva a determinado resultado, la única verificación posible del mismo es él mismo. Aparentemente nos hallamos, pues, dentro de un círculo vicioso. La validez de las hipótesis utilizadas para interpretar las conexiones entre acontecimiento quedará probada por la plausibilidad de las afirmaciones a que den lugar". E igualmente, Gössel (1991, Pág. 61) sostiene que: "Quien quiera comprender un comportamiento conforme a la verdad, y por tanto alcanzar una imagen decisiva de la verdad, se enfrentará a una ulterior dificultad, que apenas parece soluble, y que el ordenamiento procesal penal no resuelve. ¿Alcanza el Juez una imagen del comportamiento verdadero, o más brevemente de la verdad? ¿Puede haber una verdad distinta de esa imagen, que nos permita juzgar la imagen de la verdad alcanzada por la persona como coincidentes o no a la verdad? Si hay solo imágenes de la verdad, y no una verdad distinta de ellas, el hombre se crea el mundo en sus propias representaciones: no hay ningún objeto independiente del sujeto, que nos pueda permitir juzgar como determinantes o no determinantes nuestras imágenes de la verdad".

34 Parece que no hay mejor manera de describir la actividad judicial de elaboración de las providencias, que como lo hace Robert J. Martineau (Mullins, 2003, Pág. 32) cuando afirma que la decisión judicial es: "a reasoned justification of the decision prepared alter the decision is made. The principal purpose of the opinion is to make the decision appear consistent with the facts and the relevant statutory a judicial authority".

35 Acerca de la necesidad de una prueba independiente para verificar la correspondencia de la idea con la realidad, y sus alcances políticos, sostiene Gössel (1991, Pág. 71) que: "Con esto se cierra el círculo. Entiendo que quien impugne las anteriores conclusiones se expone a renunciar a una verificabilidad substancial de las imágenes de verdad, posibilitando con ello que 'mitos, fábulas, falsedades y mentiras' que el mundo conoce como tales 'lleguen a ser la base de la verdad histórica', configurando de hecho –para concluir con palabras de THOMAS MANN, cuyas reflexiones invocamos como punto de partida- una 'contradictria clase de poesía, la poesía del poder, pues todo lo que puede llegar a ser verdadero de lo falso es, en último extremo, poder' ".

Bajo la óptica de la doctrina clásica – y también lo admiten así múltiples orientaciones dogmáticas contemporáneas -, el proceso penal es entendido como un método epistemológico, el cual regula normativamente el procedimiento que debe seguir el juez, entre otras cosas,<sup>36</sup> para formarse una representación del hecho jurídico objeto de juzgamiento. Se asume que una vez que el juez ha agotado en debida forma las etapas procesales, él se ha puesto a sí mismo en condición de emitir una decisión verdadera – aunque sea formalmente hablando –; pues si se han respetado las normas sobre aducción, interpretación y valoración de los medios de prueba, entonces implícitamente habría llevado a cabo un proceso intelectivo racional que debe conducirlo a una representación que, muy probablemente, corresponde a la realidad “objetiva” de los hechos históricos acaecidos. En este sentido, la confianza en el acierto de una decisión que se ha emitido con respeto a las formas propias del proceso es, en el fondo, una confianza en la efectividad del método.<sup>37</sup>

Si se quisiera comprobar si la representación mental de los hechos que se ha formado el juez corresponde “objetivamente” a los hechos tal como ocurrieron en la realidad, seguramente encontrariamos que no conocemos una manera de hacerlo, distinta de repetir el procedimiento. Es tentadora la idea de que la forma de revisar la corrección de la decisión está en interpretar y valorar nuevamente los medios de prueba, lo cual, de suyo, implicaría repetir el proceso penal para no violentar las garantías fundamentales. Sin embargo, obsérvese que con ello solo se estaría determinando si la decisión adoptada fue consecuente con el método, sin poner a prueba el método mismo.<sup>38</sup> Es decir, se estaría dando por sentada la eficacia del método.<sup>39</sup>

Desde esta perspectiva, puede concluirse que la dificultad se contrae a la ausencia de una prueba que siga un método alternativo, distinto al regulado en el proceso, y que pueda llevarse a cabo para verificar la correspondencia entre la idea de los hechos que tiene el juez, y los hechos mismos tal como históricamente ocurrieron en el mundo exterior por fuera de la mente del funcionario.

Expuesta la dificultad debe aclararse, que la teoría clásica del proceso no es ajena a la comprensión de este problema epistemológico. Al interior de la teoría clásica del proceso penal se reconoce el conflicto implícito en esta forma de comprender la “verdad”. Así, por ejemplo, ya en el siglo XIX Mittermaier (1979, Pág. 67) describía de la siguiente manera el objeto del proceso penal:

*“Trátese de demostrar la evidencia de hechos que pertenecen a lo pasado; que, por consiguiente, no pueden ya someterse a examen material del juez en toda su pureza primitiva, y cuya realidad, en fin, no puede establecerse sino por vía de inducción, tomando como punto de partida los efectos, las señales características, toda especie de vestigios”.*<sup>40</sup>

El hecho de que la doctrina procesal clásica haya tenido que formular distinciones como las anotadas –entre conocimiento y certeza, o entre verdad material y formales muestra de que la teoría, hasta ahora predominante, ha tenido conciencia de su limitación epistemológica. Esas matizaciones contienen implícitamente el reconocimiento de dos tipos de problemas:

36 Se dice “entre otras cosas”, para no dejar de lado la dimensión normativa del proceso. Si bien es cierto que la determinación de los hechos es fundamental, no puede olvidarse que la interpretación y aplicación de las normas penales también es parte medular del proceso, por lo que no puede acá desconocerse.

37 Téngase en cuenta que el concepto de <<verdad como correspondencia>> enmarca una perspectiva particular de la racionalidad, en la que el método es fundamental. A este respecto, resulta ilustrativa la opinión de Rorty (1996, Pág. 58) al decir que: “En un sentido, el ya aludido, ser racional es ser metódico: es decir, tener criterios de éxito fijados de antemano. (...) Pero, de hecho, disponemos de otro significado de <<racional>>. En este sentido, <<racional>> significa algo como <<sensato>> o <<razonable>> en vez de <<metódico>>.”

38 A partir de un argumento en esta dirección, resulta más que cuestionable la eficacia de los recursos procesales, como mecanismos para revisar materialmente la corrección de una decisión.

39 Siguiendo este orden de ideas, la teoría que afirma la posibilidad de la <<verdad como correspondencia>> adolecería del defecto lógico denominado: petición de principio, consistente en dar por probado lo que se tiene que probar. En este caso, se daría por probada la eficacia del método adoptado para alcanzar la correspondencia, cuando es justamente la eficacia de ese método lo que se tiene que probar.

40 Aun cuando no se comparte la teoría de Mittermaier acerca de la verdad en el proceso penal, se puede admitir esta observación como punto de partida.

a) De un lado, se reconocería que no existe manera absolutamente segura de saber cómo estuvieron configurados los hechos objeto de juzgamiento en la realidad histórica y, por consiguiente, tampoco existe una forma de saber si la representación que de ellos se hace el juez es exacta (problema al que se refiere Rorty).

b) Y, de otra parte, se admitiría que existe un problema para validar y/o legitimar la decisión judicial, en un contexto en el que parece evidente que es imposible saber si el juez ha sido o no capaz de conocer la “realidad objetiva” de lo acontecido y, por consiguiente, de emitir decisiones comprobable y conscientemente “correspondientes” con ella – decisiones verdaderas.

Pero, aparte de reconocer sus limitaciones, pareciera que la teoría clásica no está en condiciones de superar los problemas epistemológicos mencionados, y que su concepto de <<verdad como correspondencia>>, al menos si se le articula a partir de un concepto de <<objetividad>> en el sentido tradicional, no contribuye a un mejor desempeño de la actividad epistemológica implícita en el proceso penal. Por el contrario, la complica en exceso.<sup>41</sup>

### 1.1.3.2. La verdad como constructo intersubjetivo

Como alternativa a la teoría clásica, algunas investigaciones actuales en torno al problema de la “verdad” ofrecen un intento de solución que se encamina por la redefinición del concepto, sustituyendo su significado por otro que, aunque no puede entenderse en modo alguno acabado, parece sin embargo abrir un vasto horizonte de exploración, en orden a desarrollar una teoría mucho más consistente con las posibilidades humanas.

Se trata, en realidad, de una teoría sobre la verdad que, solo en lo fundamental, guarda proximidad con los derroteros marcados por el positivismo jurídico de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, el cual pretendió eludir los problemas de la doctrina clásica recurriendo a una tesis constitutiva de los hechos: de acuerdo con Kelsen,<sup>42</sup> Carnelutti<sup>43</sup> y otros autores que siguieron esta misma línea, la decisión del juez en relación con los hechos **no es declarativa**, en el sentido que no se limita a reconocer el suceso en su acontecer histórico, **sino constitutiva (constructiva)**<sup>44</sup>, en el entendido que es el juez quien, prevalido de competencias y potestades particulares, los establece, los configura. En este sentido, podía sostenerse que lo relevante para el proceso penal no son los hechos tal como ocurrieron en realidad, sino los hechos tal como son afirmados por el funcionario judicial, con independencia absoluta de la verdad de sus enunciados: un hecho ocurrió tal como el juez diga que ocurrió, dando por descontada la existencia de cualquier realidad objetiva histórica.<sup>45</sup>

41 Sobre este particular es correcta la opinión de Taruffo (2002, Pág. 57) cuando, respecto de las tesis tradicionales que admiten la <<verdad>> dentro del proceso – o, al menos, alguna <<forma de verdad>> llamada verdad formal - sostiene que: “Uno de esos fundamentos, que parece ser el más difundido entre los juristas y no carece tampoco de manifestaciones entre los filósofos, consiste simplemente en dar por descontada la posibilidad de que en el proceso se determine la verdad de los hechos. A menudo, esta aproximación parte de alguna forma más o menos consiente de ‘realismo ingenuo’, es decir, de la presuposición de la existencia de la realidad empírica y de la capacidad del intelecto humano para tener conocimientos verdaderos acerca de esa realidad, no faltan, por otra parte, versiones muy genéricas de la <<teoría de la correspondencia>> en las que se da por descontado que el conocimiento se <<corresponde>> con la realidad, siendo precisamente por ello verdadero”

42 Para Ferrer (2002, Pág. 21), la de Kelsen es una tesis constitutiva o realizativa de los hechos, y se refiere a ella en los siguientes términos: “No pretendo abordar aquí un análisis exhaustivo de las tesis kelsenianas respecto de la prueba de los hechos en el proceso. No obstante, creo que puede sostenerse que, en este producto, el interés fundamental de KELSEN se centra en dar cuenta del hecho de que las decisiones de los tribunales, también en lo que conciernen a los hechos del caso, producen efectos jurídicos con independencia de la verdad de sus enunciados”. Interpretación que luego complementa, a pie de página, con la siguiente observación (Cita 3 Pág. 22): “Resulta sorprendente, en este sentido, la similitud de la tesis sostenida por KELSEN en este punto, con las de algunos realistas norteamericanos. Vid., por ejemplo, FRANK (1930, p.xviii), donde puede leerse: <<los ‘hechos’ [...] no son objetivos. Ellos son lo que los jueces dicen que son>>”.

43 Carnelutti (1946, Pág. 146) sostenía que: “Antes del proceso, si el hecho ocurrido es o no delito, resulta incierto; después del proceso, es cierto que ha sido cometido o que no ha sido cometido, esto es, que el hecho cometido es o no un delito”. Y más adelante agregaba: “(...) pero no puede, en cambio, un hecho sin el juicio del juez penal ser un delito; el que sea delito significa, en efecto, que se le aplica la pena, pero la pena solo por virtud del juez penal puede ser aplicada. Nosotros decimos, por eso, que la declaración de certeza del delito no es una mera declaración de certeza sino una declaración de certeza constitutiva, sirviéndonos así de otras nociones elaboradas por la ciencia del derecho procesal civil y actualmente trasladadas al plano de la teoría general del proceso, o más bien del derecho; la declaración de certeza es constitutiva cuando es necesaria para la producción de los efectos jurídicos del hecho declarado cierto”.

Ahora bien, en orden a definir esta alternativa al concepto clásico de <<verdad como correspondencia>> en sus líneas más generales, es necesario abordar su exposición haciendo previamente la siguiente consideración: una de las propiedades más importantes de la teoría clásica, es el carácter trascendente que le concede al concepto de <<verdad >>. Dicha propiedad, puede explicarse como consecuencia de una de las más influyentes aportaciones realizadas por el moralismo socrático a la cultura occidental, consistente en la teoría de la “verdad” como algo superior al hombre; como algo que está por encima de él, que lo trasciende, que lo antecede, y que “es” con independencia suya. Se trata, en fin, de una comprensión de la “verdad” como equivalente de todo aquello que es absolutamente bueno, o absolutamente bello, y que le hace perentoriamente deseable por encima de todas las cosas.

Este trascendentalismo se explica a partir una filosofía mucho más compleja y profunda acerca de la naturaleza de las Ideas. Para Platón, las Ideas son “entidades” que habitan un mundo de perfecta realidad al que los hombres no acceden por derecho propio, sino solo por virtud del ascenso desde el mundo de las representaciones imperfectas a través de la liberación mediante el ejercicio de la razón. Por consiguiente, se trata de “entidades” que existen antes de que cualquier hombre las haya pensado jamás, y con absoluta independencia de él. Las ideas “son”, “existen”, puesto que ellas constituyen lo que hay de “real” en el mundo. Las Ideas, en definitiva, gozan de un estatus ontológico que parece presuponer su integración al “inmobiliario del mundo”, es decir, al conjunto de las cosas que “existen” en realidad.

44 Esta teoría de la verdad intenta abandonar el antiguo paradigma de la “correspondencia”, y se enfila hacia un concepto de <<verdad>> cimentado fundamentalmente sobre la idea de un constructivismo que abriva de las teorías del consenso social, la filosofía del lenguaje y la filosofía pragmática anglosajona. En concreto, esta orientación intenta elaborar un concepto de <<verdad como creencias bien justificadas>> que no adolezca de las mismas críticas que, a causa de ese “realismo ingenuo” sobre el que se estructura, le son achacables a la teoría clásica. Fundamentalmente, esta opinión se encontraría anclada sobre la idea de que la “verdad” es “simplemente un cumplido que prestamos a las creencias que consideramos tan bien justificadas que, por el momento, no es necesaria una justificación ulterior” (Rorty, 1996, Pág. 43). En este sentido, esta línea de pensamiento reconoce que “la indagación de la naturaleza del conocimiento solo puede ser una explicación sociohistórica de cómo los diversos pueblos han intentado alcanzar un acuerdo sobre el objeto de sus creencias” (Ibidem. Pág.43).

Al respecto, Jorge Raúl De Miguel (1998) señala, en un artículo dedicado a Rorty, que de acuerdo con el escepticismo filosófico de este autor, “El mundo solo puede hacer que sostengamos determinadas creencias, ‘una vez que nos hemos ajustado al programa de un lenguaje’. Con él no expresamos el yo, sino que, más bien, lo creamos” (De Miguel, 1998, Pág. 72). Así, culminando una larga tradición que entiende el estudio profundo del lenguaje como la única vía inteligente para la comprensión del conocimiento (entendido éste como acción y como producto), la tesis de una <<verdad como creencias bien justificadas>> se aferra a la premisa de que “el lenguaje, el yo y el mundo son contingentes, productos azarosos e históricos carentes de universalidad intemporal” (De Miguel, 1998, Pág. 71). Como corolario, se adopta la hipótesis de que “el mundo no nos proporciona un criterio para elegir entre metáforas alternativas, de modo que ‘lo único que podemos hacer es comparar lenguajes o metáforas entre sí, y no con algo situado más allá del lenguaje y llamado ‘hecho’’” (Ibidem. Pág. 73). De tal suerte que, al renunciar a la posibilidad de que el mundo ofrezca un referente para la determinación de la “verdad”, la teoría de una <<verdad como creencias bien justificadas>> renuncia así mismo a la búsqueda de cualquier evidencia o criterio de adecuación “como títulos legitimantes del conocimiento” (Ibid.).

Parece existir un consenso entre los autores que siguen esta línea de pensamiento, acerca de la necesidad de “negar al mundo un papel epistémico en el proceso de justificación de las creencias” (Kalpokas, 2004, Pág. 37), como parte de una estrategia para eludir los problemas tradicionales de la epistemología. Punto de partida que resulta cuestionable, pues resulta difícil negar que “el mundo desempeña un papel esencial en la determinación de lo que hemos de creer acerca de él” (Ibid.), y que, por consiguiente, “resulta intuitivamente plausible sugerir que el mundo ha de constituir un elemento central en el proceso de crítica y de justificación de las creencias” (Ibid.). Por supuesto, el problema de conceder un papel epistemológico al mundo radica en el riesgo de caer en el mito de lo dado, y en la dificultad para definir qué es el mundo. Pero no obstante, la posibilidad de un programa dentro del cual la determinación de lo que es el mundo podría explorarse, en el contexto de una teoría sobre la manera en que las acciones comunicativas nos permiten llegar a los acuerdos intersubjetivos que generan las estructuras racionales a partir de las cuales comprendemos nuestro entorno.

La teoría de la <<verdad como creencias bien justificadas>> no parece encontrarse aun en condiciones de explicar cómo llegar a acuerdos intersubjetivos acerca de lo que es verdadero, si es que en realidad el mundo no cumple una función como punto de convergencia; “Es decir, no habría posibilidad de acuerdo si las cosas se manifestaran a cada uno, en el seno de una comunidad de un modo infinitamente diverso” (Karczmarczyk, 2000, Pág. 295). Lo anterior, teniendo en cuenta que “Acceder a un lenguaje, pertenecer a una comunidad lingüística implica, entre otras cosas, acceder a un oíen empírico, a un conjunto de rasgos morales o estéticamente relevantes, en suma acceder a un lenguaje implica acceder a un mundo” (Ibidem. Pág. 294). Por ello, “las diferentes versiones del mundo no son relativas en relación al mundo en sí. Antes bien, “en cada versión del mundo está mentado el mundo en sí”. Y el mundo en sí no es otra cosa que la suma de las diferentes versiones del mundo” (Kusch Martin. Languages as calculus and Language as universal medium. Pág. 246. Ob. Cit. en Karczmarczyk, 2000, Pág. 296). Aspecto éste al que intuitivamente se aproxima Gössel (1991, Pág. 63) cuando sostiene que: “En esta formación, sin duda, es exacto que nosotros no podemos comprender completamente los objetos de nuestro reconocimiento. Pero ello, en nuestra opinión, no justifica negar la existencia de objetos independientes de la representación, y no porque estimemos una contradicción querer reconocer algo que solo existe en nuestra representación. El reconocimiento que conduce a nuestras representaciones subjetivas ¿no presupone un objeto del que hasta ahora, al menos en parte, no nos hemos formado nunca imagen, o un objeto que en todo caso es independiente de la representación?”.

45 Una sugerente crítica a la tesis constitutiva puede encontrarse en Ferrer (2002, Pág. 22), bajo la siguiente consideración: “Además, una consecuencia evidente de predicar la fuerza constitutiva de los enunciados del tipo ‘Esta probado que p’ es la imposibilidad de afirmar su falibilidad”.

Pero además, recuérdese que las Ideas, con independencia de cualquier opinión (doxa) humana, son también adjudicatarias de la “verdad”; es decir, que a la sombra de su comprensión más espiritual, más trascendental, la “verdad” se nos presenta como una propiedad consustancial de las Ideas. Como consecuencia de ello, parece razonable pensar que, al afirmarse que la “verdad” es una propiedad de las Ideas, se estaría implicando así mismo, necesariamente, la aceptación de que la “verdad” también existe de manera antecedente a cualquier reflexión humana, a cualquier acto de conocimiento. Conclusión con la cual acaba por aceptarse que el concepto clásico de <<verdad>>, además de hacerse trascendente, termina por ubicarse en el terreno de los problemas ontológicos, esto es, en el ámbito de los problemas acerca de lo que “es”, de lo que en realidad “existe” en el mundo.

Por oposición a ello y, a la vez como alternativa a ello, el concepto semántico de <<verdad>> se yergue sobre el principio de que la <<verdad>> no es una propiedad que pueda predicarse del mundo, ni de las ideas como entidades que habitan el mundo, sino solo de las proposiciones del lenguaje. En los términos de Aristegui, el problema que presentan las teorías clásicas de la verdad, que la entienden como correspondencia entre la idea y una realidad dada en el mundo exterior, consiste en que ellas interpretan “el significado en el ámbito de la teoría de la verdad reducida a formas primitivas de referencia, desconociendo por tanto que la verdad fuese un predicado sentencial, o, más bien, una propiedad de sentencias y no del mundo” (Aristegui, 2000, Pág. 2).

El camino por el que avanza este concepto semántico toma como punto de partida, la consideración de que el problema de la “verdad” no es de naturaleza ontológica, sino del orden fundamentalmente epistemológico: establecer la “verdad” no se trata de un problema acerca de lo que “es”, de lo que “existe”, de lo que integra el “mundo real”; sino un problema acerca de cómo se encuentra configurada la mecánica de nuestra estructura mental de conocimiento. A tal efecto, cobran inusitada importancia las contribuciones que, para la comprensión epistemológica de los mecanismos de acceso al conocimiento, han sido realizados por la filosofía analítica en el marco de la teoría del lenguaje. Contribuciones que, como en el caso de Hart (1998, Pág. 91) y el neopositivismo que lo sucede, han comenzado desde la idea de que “se puede usar una conciencia agudizada de las palabras para agudizar nuestra concepción de los fenómenos” (Paramo, 1984).

En esta línea de pensamiento, la semántica cumple una importante labor en la comprensión de lo que Tarski definiría como: “ciertas relaciones entre las expresiones de un lenguaje y los objetos ‘a los que se refieren’ dichas expresiones” (Tarski, 1972, Pág. 5). Desde una perspectiva semántica, el concepto de <<verdad>> denota una propiedad de ciertas expresiones del lenguaje (las oraciones), en función de la particular manera en que éstas se relacionan con los objetos a los que ellas se refieren.

Ahora bien, es importante señalar que aquellos objetos a los que se refiere nuestro lenguaje - y he aquí el punto en el que tiene lugar la ruptura con la teoría clásica -, no son aquellos dados en el mundo exterior de manera antecedente e independiente al sujeto de conocimiento. Pues, en sana lógica, ello supondría admitir la discutible capacidad epistemológica de acceder a una “objetividad” en el sentido tradicional del concepto. Por el contrario, lo que la teoría semántica postula es la existencia de una relación de algún tipo entre ciertas expresiones de nuestro lenguaje, y los objetos tal como son aprehendidos por nosotros en el marco de nuestras limitaciones epistemológicas consustanciales. De allí que la noción semántica de la <<verdad>> termine por encontrarse estrechamente vinculada, a toda esa teoría de la intersubjetividad a la que se ha hecho referencia anteriormente al hablar del concepto de “objetividad”.

De acuerdo con un clásico ejemplo propuesto por Tarski hace ya varios años, puede sostenerse que es semánticamente correcto afirmar que: “La oración ‘la nieve es blanca’ es verdadera si, y solo si, la nieve es blanca” (Tarski, 1972, Pág. 4).

Nótese que la afirmación propuesta como ejemplo puede descomponerse, como mínimo, en dos partes: por un lado, la oración “la nieve es blanca”; y, el por otro, el nombre<sup>46</sup> de la oración que, en este caso, es el objeto llamado nieve y que, de hecho, es blanca. Pues bien, para que la relación que en este caso existe entre la oración y el nombre de la oración pueda estar definida por la propiedad: “verdadero”, se ha requerido previamente la existencia de un acuerdo intersubjetivo acerca de que el color propio de ese objeto identificado con el nombre nieve, es el blanco. En este sentido, y haciendo abstracción de toda esa reflexión nominalista que puede realizarse acerca de las razones por las cuales a ese objeto del que hablamos se convino en llamarle nieve, y de por qué a la frecuencia de luz que da lugar a ese color específico hubo de llamárselle blanco, es en todo caso importante para el tema que nos ocupa el dato de que esa relación de correspondencia (o adecuación) entre la oración y el nombre de la oración, y que es esencial para la existencia de la verdad como propiedad de la oración, depende de la previa existencia de un acuerdo intersubjetivo acerca de que la nieve, en efecto, es blanca.

46 En esta terminología, el nombre de una oración es el objeto al que dicha oración se refiere.

Con todo lo dicho, no se pretende más que llamar la atención acerca de que el concepto semántico, a diferencia del concepto pragmático, no se aparta de la estructura clásica que entiende la *verdad como correspondencia*, sino que solamente sustituye las puntas en relación con las cuales ha de tener lugar el evento de adecuación. Dicho en otras palabras, tanto la teoría clásica, como la teoría semántica, mantienen la estructura externa del concepto de <<verdad como correspondencia>>, diferenciándose fundamentalmente en la naturaleza de los elementos que integran los extremos de esa relación: ya no se trata de una relación de adecuación entre una idea, y un objeto tal como se encuentra pre-configurado en el mundo exterior con independencia del sujeto de conocimiento, sino de una relación de correspondencia semántica entre una oración, y el nombre de esa oración tal como es intersubjetivamente abarcado.<sup>47</sup>

Dando por descontado todo el andamiaje lógico y conceptual sobre el que se apoya, el concepto semántico tiene algunas ventajas que vale la pena mencionar: **i)** en primer lugar, este concepto logra dar cuenta de una dimensión de la realidad humana que escapaba al anterior: la dimensión dinámica del hombre y la sociedad; **ii)** en segundo lugar, este concepto logra que las responsabilidades judiciales de los funcionarios sean notablemente más razonables; **iii)** y finalmente, este concepto ofrece una perspectiva distinta desde la cual legitimar el ejercicio del poder punitivo del Estado.

Frente a lo primero, parece plausible la afirmación de que si el proceso de valoración de los medios de prueba se ve determinado por ingredientes subjetivos (creencias, convicciones, conceptos etc.) propios del funcionario, entonces las conclusiones sostenidas por la jurisprudencia pueden - y deben - cambiar en la medida que dichos ingredientes subjetivos se modifiquen en su contenido. Ni el hombre ni la sociedad son entidades estáticas. Tanto el hombre como su entorno social se transforman, al paso que sus valores y sus creencias se modifican.<sup>48</sup> El derecho tiene que dar cuenta de esta condición dinámica de la realidad humana y social, construyéndose a partir de un concepto de verdad que este abierto a la posibilidad de ese cambio. El concepto clásico de <<verdad>> no parece compadecerse con la naturaleza dinámica del hombre, pues se ancla en una concepción de la realidad como estado fijo, inamovible; una perspectiva de la realidad que la comprende como algo que es anterior al hombre, y que éste no puede modificar sino solo reconocer.<sup>49</sup> En cambio, el concepto semántico de <<verdad>>, al apartarse del problema estrictamente ontológico, y centrarse en **la relaciones de adecuación dadas entre ciertas expresiones del lenguaje y los objetos tal como son capturados intersubjetivamente**, parece ser más accesible a esta posibilidad de cambio. Este sugiere ser un concepto de verdad mucho más abierto (Carrio, 1996, Pág. 34)<sup>50</sup>, que da la oportunidad de cambiar su contenido sin tener que cambiar su estructura.

47 Los principales exponentes del concepto semántico intentan esbozar un concepto de verdad que sea neutral frente a las diferentes aristas que puede presentar el problema filosófico de la verdad. Al respecto, Tarski (1972, Pág. 22) aclaró, en respuesta a algunos de sus críticos, que "podemos aceptar la concepción semántica de la verdad sin tener que renunciar a cualquier actitud epistemológica que tuviéramos previamente; podemos seguir siendo realistas infantiles, realistas críticos o idealistas, o metafísicos. La concepción semántica es totalmente neutral a estos temas".

48 Rorty (1996, Pág. 62) tiene razón cuando afirma que nuestras concepciones aun no puedan moldearse en bronce. Pero hay que aclarar que no es que aún no puedan moldearse en bronce, es que nunca podrán moldearse en bronce, por cuanto nunca serán definitivas, siempre cambiarán como consecuencia de la naturaleza dinámica de la sociedad humana. Rorty tiene razón cuando afirma que: "Creo que no podemos imaginar un momento en el que la especie humana pudiese recostarse y decir: <<bien, ahora que finalmente hemos llegado a la Verdad podemos descansar>>." (Ibid).

49 Rorty (1996, Pág. 40) critica al científicismo moderno, en el sentido que: "Gran parte de la retórica de la vida intelectual contemporánea da por supuesto que la meta de la investigación científica del hombre es comprender las <<estructuras subyacentes>> (...)"

50 Allí se sostiene que en los casos en que el sentido de la regla general no es claro, el operador debe acudir, inexorablemente, a guiarse por determinados estándares sociales, morales y/o políticos. Por lo anterior Carrio (1996) afirmaría que el ordenamiento jurídico solo puede ser un sistema "abierto". Además, Carrio (1996) también concluiría que es falsa la función "declarativa" del poder judicial, haciéndose incuestionable que los jueces siempre crean derecho. Y así mismo, se presentaría este razonamiento como un argumento para sostener que no es posible la seguridad jurídica completa.

En segundo lugar, este es un concepto de <<verdad>> que resulta más consecuente con la condición humana de los funcionarios judiciales, pues los descarga de la responsabilidad de administrar una justicia que depende de la obtención de un conocimiento que simplemente no pueden alcanzar. Es un concepto de <<verdad>> que, según parece, tiene en cuenta que los jueces son humanos y que están sometidos a la misma clase de limitaciones epistemológicas que cualquiera de nosotros (Guthrie et. al., 2002).

Y finalmente, parece ser un concepto de <<verdad>> que permite legitimar la decisión judicial, sin tener que incurrir en el yerro de afirmar la inverificable posibilidad de conocer la "realidad" histórica de los hechos "objetivos", tal como ocurrieron en el mundo exterior por fuera de la mente del funcionario. Es ideológicamente necesario que la decisión judicial pueda ser calificada de algún modo como "verdadera", en orden a que la intervención del Estado mediante el ejercicio del *Ius Puniendi* sea legítima (Taruffo, 2002, Pág. 62). Ello, por cuanto esa pretensión de verdad de la decisión judicial estimula el progreso moral de la sociedad para la realización de sus valores, y pone al Estado en una condición de "Supremacía Moral" que lo llena de autoridad. Sin embargo, es inconveniente sustentar el sistema de procesamiento criminal sobre un presupuesto imposible de demostrar, tal como lo es la presunta posibilidad de conocer "objetivamente" los hechos materia de juzgamiento; es decir, sobre la posibilidad de conocerlos tal como ocurrieron en esa realidad pre-configurada en el mundo exterior. Está claro que si se persiste en el concepto clásico de <<verdad>>, resulta muy difícil sostener el carácter "verdadero" de una decisión judicial, salvo que se recurra a recursos retóricos tan discutibles e indeseables como la distinción entre verdades formales y materiales, por lo que es claro que, bajo este concepto clásico de <<verdad>>, siempre se cernirá un manto de duda sobre la legitimidad de la intervención penal del Estado. Por el contrario, al amparo de un concepto semántico, la verdad parece ser algo accesible bajo ciertas condiciones discursivas, lo que de suyo posibilita fundamentar la legitimidad del ejercicio del *Ius Puniendi* por parte del Estado.

Ahora bien, quienes se apartan de esta alternativa podrían referir, a título de crítica, que una definición semejante de la <<verdad>> puede antojarse demasiado relativa, precisamente porque la amarra a la existencia de un acuerdo

intersubjetivo en relación con la determinación del nombre al que debe corresponder la oración, lo cual estaría en todo caso sujeto a una serie de variables socioculturales cambiantes. Sería inoficioso intentar negar que tras este concepto subyace una forma de relativismo, pues es innegable que sí lo hay. Sin embargo, es plausible afirmar que el relativismo implícito en este concepto de la <<verdad>> no es un relativismo absoluto que, por lo mismo, sea intolerable.

El relativismo implícito en este concepto de verdad solo reconoce que, como lo afirma Taruffo (2002, Pág. 62), "*pueden ofrecerse muchas versiones y visiones distintas del mundo en función de los diversos <<marcos de referencia>> posibles empleados por los distintos sistemas posibles de descripción*". Desde esta óptica, ha de reconocerse que si bien existen varios "mundos posibles", o, mejor, varias posibles "versiones del mundo", ello no significa necesariamente que en cada una de esas versiones del mundo haya un número indeterminado de enunciados verdaderos.

Al interior de un proceso penal escapa a los sujetos procesales, la posibilidad de establecer cómo ocurrieron en la "realidad" histórica los hechos objeto de juzgamiento. En consecuencia, y como quiera que cada sujeto procesal hace una lectura de los hechos que, en alguna medida, estaría determinada por una interpretación sesgada (por factores subjetivos como creencias, intereses, convicciones etc.) de las evidencias, entonces parece plausible admitir que lo único que en realidad se entrega al debate son las diferentes versiones de esos hechos.<sup>51</sup> Es importante observar que, si se acepta que la litis gira en torno a versiones de los hechos y no en torno a los hechos "en sí mismos", entonces ha de reconocerse también que el objeto de la controversia tiene lugar en el marco de las propiedades semánticas de aquellas expresiones del lenguaje (oraciones), que los sujetos procesales utilizan para exteriorizar sus respectivas versiones de los hechos.<sup>52</sup> Puesto en estos términos, el problema de la verdad en el proceso penal se contrae al asunto de establecer si, semánticamente, las oraciones que los sujetos procesales utilizan para comunicar sus diferentes versiones de los hechos se adecuan a los hechos tal como son "objetivamente" (en un sentido intersubjetivo), abarcados a partir de un estudio de las evidencias.

51 En un sentido similar, aunque no idéntico, Frank (1991, Pág. 26) sostenía que: "En la mayoría de los juicios los litigantes disputan solamente sobre hecho, como, por ejemplo, si cierto día Gross hizo una promesa a Gentle, o si Tit golpeó a Tat. Como, en la época de producirse la prueba, éstos hechos son pasados, el tribunal de primera instancia –un juez (en un caso sin jurado) o un jurado- no pueden observarlos. Todo lo que el juez o el jurado pueden hacer es formarse una creencia sobre esos hechos pasados. Esa creencia se forma después de escuchar la declaración de los testigos que han observado (o pretenden haber observado) esos acontecimientos. En la mayoría de los pleitos los testigos declaran en audiencia pública y sus declaraciones discrepan. Los hechos, a los fines de la sentencia, no son necesariamente los hechos reales. Ellos son, en el mejor de los casos, las creencias del juez de primera instancia o del jurado sobre esos hechos reales pasados. Para los fines prácticos de la sentencia de un tribunal no importa cuáles fueron los hechos reales. Lo que importa es esa creencia. Ella es, a lo sumo, una conjectura fundada en una creencia – otra conjectura- sobre el mayor grado de fe que merecen unos testigos respecto de otros".

En este punto, la tarea de la dogmática<sup>53</sup> es determinar cuáles son las condiciones racionales - marco de referencia - que, en cada sistema procesal penal particular, contribuyen a establecer la existencia o no de un acuerdo intersubjetivo entorno a los hechos, así como a identificar el contenido de aquel acuerdo. Dicho en otras palabras: es la dogmática la que debe establecer el conjunto de presupuestos racionales a los que deben apelar los funcionarios judiciales, en orden a establecer cuáles son esos hechos que, por ser susceptibles de un acuerdo intersubjetivo fácil de obtener, pueden calificarse como "hechos objetivos", de cara a la elaboración de la sentencia judicial. En este sentido, puede entonces decirse que la "verdad", como propiedad semántica de la decisión judicial, depende por completo de la adecuación o correspondencia entre las oraciones que utiliza el funcionario para exteriorizar la versión de los hechos sobre los cuales construye la sentencia, y esos "hechos objetivos" determinados conforme al sistema de criterios racionales establecidos por la dogmática: en síntesis, la "verdad" de la decisión judicial es una propiedad que se determina en función de un marco de referencia construido por la dogmática.

Ahora bien, volviendo a la crítica que sobre el relativismo de esta teoría podía formularse, nótese que el hecho de que la "verdad" de la sentencia se determine en función de un marco de referencia construido por la dogmática no implica necesariamente que, dentro de un mismo sistema de procesamiento penal, pueda haber un número ilimitado de versiones verdaderas de los hechos, o que las versiones verdaderas de los hechos sean relativas a cada funcionario. Si la labor de la dogmática es establecer marcos de referencia, esto es, sistemas de criterios racionales, entonces la "verdad", como propiedad semántica de las oraciones que utiliza el funcionario para exteriorizar su versión de los hechos, no es relativa más que al marco de referencia en que se produce la correspondiente decisión judicial. Así, una versión de los hechos puede ser verdadera en función de un determinado marco de referencia, y falso en relación con otro. Pero si el sistema de procesamiento criminal se encuentra adecuadamente configurado, y cuenta con un marco de referencia racional, entonces allí solo debería ser verdadera una única versión de los hechos. En consecuencia, dado que cada sistema procesal penal puede tener criterios de racionalidad distintos para determinar cuáles son los "hechos objetivos", entonces la verdad de la decisión depende del sistema de procesamiento al que este referido y, por consiguiente, es en este sentido que el concepto semántico de <<verdad>> puede ser relativo.

52 Sobre este punto Gössel (1991, Pág. 61) manifiesta que: "Aquí nos topamos con la primera dificultad. No solo el Juez se forma una representación de lo que ha sucedido, sino también todos los demás intervenientes en el proceso, como testigos, defensor, acusado y Fiscal. Y estas distintas representaciones, que podemos denominar imágenes de la verdad, difieren por lo general, con frecuencia de forma no intrascendente, de suerte que todos los intervenientes son el ciego de la fábula, que tienta distintas partes del cuerpo de la especie para ellos desconocida del elefante".

53 Utilizo el término <<dogmática>> en su acepción de <<ciencia del derecho>>.

Es en esa forma que cobra significado la teoría de Gascón (2004, Pág. 86), cuando sostiene que:

*"las afirmaciones deben ser aceptadas cuando haya, respecto de ellas, un grado de probabilidad suficiente que conduzca a la certeza del juez. Ello debe ser, sino cuando adquieran un alto grado de probabilidad de ser objetivas, es decir, generalmente aceptadas".*

Frete a lo dicho es importante aclarar, sin embargo, que la afirmación acerca de que en un marco de referencia perfectamente racional no podría haber más que una versión verdadera de los hechos, no puede en todo caso negar que, a menudo, en la dinámica procesal cotidiana, el funcionario judicial se enfrenta al deber de tomar una decisión en un escenario en el que se le presenta una pluralidad de versiones posiblemente verdaderas de los hechos, todas ellas producidas en un mismo marco de referencia: dado un marco de referencia racional, en la práctica pueden darse diferentes versiones posiblemente verdaderas de los hechos. Cuando ello ocurre, se debe a una falla en el sistema de criterios racionales elaborado por la dogmática, causada por la dificultad para establecer acuerdos intersubjetivos en torno a los hechos. Frente a estos casos, el recurso que queda es la introducción, en el marco de referencia, de herramientas teóricas para la corrección de la decisión. Es decir, **tecnologías jurídicas** que permitan arribar a decisiones lo más satisfactorias posibles desde el punto de vista jurídico, político y axiológico, a pesar de no poder obtener un acuerdo intersubjetivo acerca de los hechos. A manera de ejemplo, puede resaltarse la importancia que, para los propósitos de encontrar la solución jurídico-penalmente satisfactoria, juega el principio *in dubio pro reo* como criterio racional, político y jurídico de selección entre las varias versiones posiblemente verdaderas de los hechos. En efecto, cuando el fallador se encuentra frente al dilema de tener que escoger entre varias versiones posiblemente verdaderas de los hechos, el principio *in dubio pro reo* cumple el papel de criterio seleccionador, obligándole a elegir la versión más favorable a los intereses del procesado, como la versión de los hechos que debe adoptar dentro de ese marco de referencia. En casos como estos, estaremos frente a decisiones que pueden ser satisfactorias, pero que, semánticamente, no pueden calificarse como "verdaderas".

Finalmente, y sin perjuicio de lo anterior, es sugerente llamar la atención en cuanto a que resulta, al menos teóricamente posible, imaginar un sistema de procesamiento criminal que establezca marcos de referencia universales para la definición de la “verdad”, siempre que se cumpla la condición de que se desarrolle en el contexto de un dialogo entre civilizaciones que permita extender, a todas las sociedades humanas, los acuerdos sobre criterios de racionalidad (Rorty, 1996).

#### 1.1.4. Naturaleza epistemológica de la prueba penal

Antes de seguir adelante, es necesario explicar las razones por las cuales se considera que sí tiene algún sentido, de cara a la elaboración de una teoría sobre la prueba penal, toda esta reflexión que se ha puesto de presente sobre el problema de la verdad. Y ello, debido principalmente a que es posible encontrar algunas posturas que niegan la importancia de la verdad en el proceso penal, afirmando que su finalidad es simplemente la resolución del conflicto social suscitado a causa del delito, lo cual puede realizarse, en todo caso, sin necesidad de apelar a la verdad como criterio legítimamente de la decisión.<sup>54</sup>

Reconociendo que, en efecto, la consumación de la conducta punible tiene como consecuencia el surgimiento de un conflicto que se traba, como mínimo, entre el infractor de la norma y el titular del bien jurídico lesionado, parece incontestable que, de alguna manera, el proceso penal sí que tiene como finalidad la resolución del conflicto social derivado

del delito. Sin embargo, ésta no es su única finalidad; y aun cuando lo fuera, el marco axiológico positivamente reconocido en la Constitución política establece la justicia como principal criterio material para la definición de dicho conflicto. En el marco de un Estado social de derecho no es plausible la idea de resolver los conflictos interpersonales a cualquier precio, pues el conjunto de valores positivamente reconocidos en la Constitución - sobre los cuales se yergue este modelo de Estado - constituyen un claro límite al ejercicio del poder jurisdiccional. En consecuencia, parece más que razonable afirmar que la verdad, como sosténia Bettoli (1977),<sup>55</sup> se nos presenta como un principio fundamental del proceso penal.

Sin perjuicio de lo anterior es necesario admitir, no obstante, que la determinación de la verdad, por sí sola, en muy poco contribuye a la resolución final del conflicto social desatado, o a la consecución de cualquiera otra finalidad que quiera atribuirse al proceso penal, tales como por ejemplo, el restablecimiento de la confianza en el derecho, la prevención de conductas punibles, la realización de la justicia material, etcétera. En este sentido, la determinación de la verdad cobra su justa importancia solo como un presupuesto necesario, aunque no suficiente, para la realización de los fines del proceso penal; o sea, como eslabón imprescindible en la cadena hacia la consecución de la meta última procesal<sup>56</sup>. Como diría Tiedemann, “el hallazgo de la verdad no constituye un fin en sí mismo, sino un mero fin intermedio, que debe esclarecer si la sospecha del hecho que resulta contra el acusado está o no justificada” (Artz et. al, 1984. Pág. 134)<sup>57</sup>

54 Para citar un ejemplo, Muñoz Sabate (1993, Pág. 62) sostiene la tesis de que: “El mito de la verdad, que partiendo de la doctrina clásica de la prueba, y prevaleciéndose precisamente de su hegemonía sobre los demás institutos del proceso, fue filtrándose en el mismo hasta empaparlo por completo, tal vez nos haya hecho olvidar que el fin del proceso no es desde luego la obtención de la verdad de los hechos objeto de pleito. Hoy sabemos que el fin del proceso es la realización del Derecho, su declaración y aseguramiento, el mantenimiento de la paz justa, pero jamás el conocimiento de la verdad con certeza. La certeza histórica, escribe FURNO, es un medio indispensable para el servicio del fin último y propio del proceso, pero la circunstancia de que sea indispensable no debe confundir el orden de los conceptos”.

55 Sostenía Bettoli (1996, Pág. 250) que: “Pero el fin de todo proceso es la búsqueda de la verdad. En el proceso penal aquél es también un momento dramático dada la naturaleza del proceso mismo. En razón de la intensidad con la que se ansía en el proceso penal la búsqueda de la verdad, tras las observaciones hechas, podemos también decir que un principio fundamental del proceso penal es el de la investigación de la verdad material o sustancial de los hechos en torno a los cuales se discute, para que sean probados su subsistencia histórica sin rémoras, obstáculos y deformaciones. Esto comporta que el legislador tenga que eliminar del Código toda limitación a la prueba y que el juez tenga que ser dejado libre en la formación del propio convencimiento. Estos principios son conquistas del pensamiento moderno y como tales ellos se insertan en el marco del desarrollo histórico de la idea del Estado de derecho”.

56 Consultar, en este sentido, Gösser (1991, Pág. 70) quien sostiene que: “Pues: ¿qué ocurriría si no existiera la verdad, y por ello no fuera posible comparar con ella las imágenes de la verdad? El puro arbitrio sería, según mi convicción, la consecuencia. Faltaría un criterio para evaluar la exactitud inherente a la imagen de la verdad judicial, y no podríamos en absoluto encontrar tal criterio. (...) 1. Se ha aludido que el Proceso no se dirige a una decisión verdadera, sino a legitimar el ejercicio del poder del Estado respecto del acusado o al reconocimiento del mismo respecto de un acusado en un Proceso sin prepotencias. Con ello puede desconocerse lo esencial del ejercicio del poder del Estado: el espíritu de toda actuación estatal. Al respecto, de modo convincente, ha escrito ZIPPELIUS lo siguiente: ‘el mero poder no pierde su mezquindad en un proceso legal’. Y aun hoy, tengo por exacto lo que, por mi parte, escribí en 1993, en el Libro Homenaje para mi colega polaco MARIAN CIESLAK: ‘el poder aunque se desarrolle necesita de la nobleza de su sumisión al fin de la justicia’, y solo puedo considerar correcta una resolución judicial cuando la misma constata los hechos sometidos a su conocimiento conforme al criterio de la verdad. (...) 2. Quien quiere solo reconocer una verdad legitimadora llamada la verdad procesal, se mantiene solo en el plano formal de la tramitación de la imagen judicial conforme a las normas del procedimiento, renunciando a una determinación substancial de la verdad y con ello de la justicia. (...) Quien considera que la verdad solo puede ser construida, se condña a aceptar toda imagen de las verdades tanto conseguida por una tramitación conforme al ordenamiento procesal aunque contradiga la verdad real”.

Ahora bien, dando por sentado que la determinación de la verdad es un presupuesto imprescindible para la realización de los fines de un proceso penal enmarcado por los principios fundamentales del Estado social de derecho, surge entonces la cuestión que establecer cuál es el papel que cumple la prueba penal, de cara a la determinación de la verdad en el proceso judicial. Al respecto, podría pensarse que entre la prueba y la verdad existe una relación de medio a fin: la prueba es el medio a través de cual se determina la verdad de los hechos dentro del proceso penal.<sup>58</sup> Sin embargo, una observación más detallada permite advertir que, por la particular manera en que se articula la prueba al interior del proceso, es posible encontrar supuestos en los que resulta válido afirmar que un hecho está probado, aun cuando se sabe que éste no es verdadero, y, a contrario sensu, son comunes los eventos en que los hechos, aun cuando se reconocen como verdaderos, no se encuentran probados en la actuación. A partir de allí, parecería razonable concluir que, al menos en principio, no siempre la prueba penal conduce a la verdad de los hechos, y que no siempre la verdad de los hechos puede probarse en el proceso.<sup>59</sup>

Ya desde el siglo XIX, con admirable agudeza, Carnelutti<sup>60</sup> se había percatado de que las garantías procesales instituidas a favor del imputado, paradójicamente, constituyen un serio obstáculo para la realización de la más importante de todas las garantías existentes: la determinación de la verdad en el proceso penal. Al respecto, Binder<sup>61</sup> ha puesto de relieve que, dado el marco ético y político del Estado social de derecho, es la estructura misma del proceso penal la que se encarga de controlar y limitar los mecanismos de circulación de la información. Esta limitación en la circulación de información contrae el margen de oportunidades para tener acceso a la verdad histórica en el proceso penal. Por ejemplo, el control de la actividad probatoria mediante regulaciones relativas a la determinación de las oportunidades para formular y resolver las solicitudes probatorias, a la exclusión de evidencias obtenidas con violación del debido proceso, a la perentoriedad de los términos para la práctica de pruebas, o a los rezagos de prueba legal que puntualmente existen en relación con algunas clases de hechos, restringen el acceso de información al proceso penal, con lo cual se limitan también los elementos de juicio de los que dispone el funcionario para acceder a la verdad de los hechos. En consecuencia, puede decirse que es la propia arquitectura del proceso penal la que apuntala las talanqueras que, bajo ciertos supuestos, producen una ruptura entre lo verdadero y lo probado en el proceso penal.

---

57 Tiedemann (Arzt, 1989, Pág. 134) es perfectamente claro al delimitar lo que en su opinión son los fines del proceso y el papel que en ello cumple la verdad, al señalar que: "La meta del proceso penal es, según una opinión extendida, investigar la verdad respecto del hecho punible y castigar al autor. En ese sentido, finaliza el proceso penal con la constatación de los <<hechos probados>> que, ello no obstante, no son leídos como si fuera un acta, sino que sirven a la fundamentación del llamado veredicto de culpabilidad y de la imposición de la pena. Así pues, el hallazgo de la verdad no constituye un fin en sí mismo, sino un mero fin intermedio, que debe esclarecer si la sospecha del hecho que resulta contra el imputado está o no justificada. Por medio de esta clase de esclarecimiento de la sospecha del hecho consigue la sentencia la paz jurídica y se restablece la validez de la norma penal lesionada. De esta manera realiza el proceso penal, al mismo tiempo, el Derecho Penal material". En este aparte es clara la relación que Tiedemann encuentra entre el principio de legalidad y los fines del proceso, en el entendido que, para él, el proceso penal está concebido para restablecer la legalidad, o lo que él llama: la validez de la norma.

58 En este mismo sentido, Bettoli (1977, Pág. 247) sosténia que la prueba de los hechos es importante como una más de las pieza del silogismo judicial, en orden a la formulación de conclusiones verdaderas: "Aunque es verdad que la sentencia del magistrado puede ser reconducida al esquema de un silogismo, en cuya estructura la premisa mayor viene dada por la norma legal, la menor por el hecho objeto de constatación y la conclusión por la posibilidad o no de reconducir el hecho (la subsunción) bajo la abstracta previsión legislativa, la investigación verdadera y propia tiene interés bajo el aspecto de que la prueba es aquella que tiene como objeto la existencia o no del hecho en su materialidad histórica. La norma legal no se prueba. El juez debe conocerla y debe saberla interpretar".

59 Al respecto, Ferrer (2002, Pág. 72) explica que: "Apoyándose en las palabras de Carnelutti, o en reflexiones análogas, y en las limitaciones procesales a la búsqueda de la verdad que se le han presentado anteriormente, buena parte de la doctrina procesalista ha optado por el primer cuerno del dilema, esto es, el abandono de la relación conceptual entre prueba y verdad".

60 Explica Ferrer (2002, Pág. 43) que, "según Carnelutti, cualquier regla que limite las posibilidades de investigación de la verdad haría de la declaración de los hechos probados realizada por el juez un supuesto de fijación formal de los hechos. Esto supondría que enunciados del tipo 'Está probado que p' serían sinónimos de 'El juez ha establecido que p' y sería normalmente emitidos con fuerza constitutiva. Por ello, no puede cerrarse el análisis de la fuerza y el significado de los enunciados declarativos de hechos probados (o de la prueba como resultado de los medios de prueba aportado al expediente judicial) sin tomar en consideración la influencia que sobre ellos ejerce la existencia de reglas procesales sobre la prueba en todos los ordenamientos jurídicos modernos". Sobre el particular, opina Ferrer (2002, Pág. 45) que: "No obstante, creo que una tesis general de este tipo no es sostenible: la sola presencia de normas que regulen una actividad no impide que en ella se alcancen conclusiones verdaderas acerca del mundo".

61 En concreto, Binder (2009, Pág. 174) ha sostenido: "Lo cierto es que, en la estructura de un proceso penal conforme a un Estado de Derecho, la búsqueda de la verdad es un objetivo sometido a muchas limitaciones, que surgen de la propia naturaleza de tal Estado de Derecho". Y más adelante profundiza su tesis señalando que: "La consecuencia más importante y directa de estas limitaciones que restringen el acceso del proceso penal a la verdad histórica es, como hemos dicho, la limitación y formalización de los canales de acceso de la información al proceso". En todo caso, es importante entender el argumento de Binder en el contexto de la teoría clásica de la verdad, o sea, de un concepto de <<verdad como correspondencia>>".

Lo realmente inquietante de esta consideración es que, el hecho de reconocer que la estructura interna del proceso penal garantista supone la existencia de limitaciones consustanciales para la obtención de la verdad implica poner en tela de juicio la necesidad de la prueba penal y, en últimas, cuestionar también la legitimidad de todas las decisiones judiciales: si por el diseño del proceso penal resulta de entrada imposible determinar la verdad, entonces no parece que tenga alguna utilidad la práctica de pruebas y, así mismo, parece entonces que debe buscarse una fuente alternativa de legitimidad para la decisión judicial.

Estas graves conclusiones solo son consecuencia de un error, consistente en ubicar las reflexiones sobre la prueba judicial en el contexto de la teoría clásica de la verdad. La preocupación por el entorpecimiento que para la obtención de la verdad producen algunas instituciones procesales no se diferencia cualitativamente, de la preocupación que puede encontrarse en la epistemología, a propósito de nuestras limitaciones naturales para acceder a una verdad entendida en términos clásicos. La dificultad para obtener pruebas, las limitaciones en la obtención y circulación de información, o la carencia de elementos de juicio, no son una problemática exclusiva del proceso penal, sino que tienen lugar en todas las áreas del conocimiento.<sup>62</sup> Por consiguiente, lo que Carnelutti o Binder catalogan como limitaciones del proceso penal para acceder a la verdad, en realidad corresponden a una manifestación concreta y puntual de una problemática mucho más amplia, relacionada con las limitaciones inherentes a la condición humana para acceder a una verdad como correspondencia, entendida en términos de adecuación entre la idea y la realidad objetiva (en el sentido tradicional) dada en el mundo exterior con independencia del sujeto de conocimiento.

Puesto en estos términos, la cuestión de la *posibilidad de la prueba* parece trasladarse al terreno de las indagaciones acerca de las condiciones en que es posible acceder a la verdad en el proceso penal, y al papel que en ese proceso cumple la prueba. De allí que toda la reflexión antecedente sobre la necesidad de redefinir los conceptos de <<objetividad>> y de <<verdad>> tenga algún sentido en este trabajo, y que sus conclusiones puedan ofrecer alguna alternativa de solución a la pregunta acerca de la relación que existe entre la prueba y la verdad, en el marco del proceso penal.<sup>63</sup>

Aclarado lo anterior, y como punto de partida, tómese en consideración que cuando se utiliza el término <<prueba>>, normalmente puede hacerse referencia, indistintamente, a tres significados diferentes:<sup>64</sup>

- a) En algunas ocasiones, se utiliza el término <<prueba>> para referirse al conjunto de medios o instrumentos (testimonios, documentos, peritazgos etc.) de los que se valen las partes para demostrar las hipótesis fácticas en que fundamentan sus pretensiones. Por razones metodológicas de claridad, en lo sucesivo se hará referencia a ellos como medios de prueba.
- b) En otras oportunidades, la utilización del término <<prueba>> se relaciona con el examen o test que se hace para verificar la verdad o falsedad de una hipótesis. A esta acción se le denominará en adelante como actividad probatoria.
- c) Y finalmente, el término <<prueba>> también se usa para significar el conjunto de razones o argumentos<sup>65</sup> con los que se demuestra la verdad o falsedad de una proposición. Esta última es la acepción que utilizan la mayoría de los autores cuando usan el término <<prueba>>.<sup>66</sup>

62 En este mismo sentido, Muñoz Sabate (1993, Pág. 59) sostiene que: "La equiparación del juez al historiador, o viceversa, suele ser un lugar común en las obras que tratan de derecho probatorio y metodología histórica, lo cual se justifica por el carácter retrodictivo de ambas ciencias que tienen por objeto la reproducción de un hecho o suceso transcurrido en el pasado. Así, lo que los procesalistas llaman valoración del material probatorio, los historiadores llaman heurística o crítica de las fuentes, pero a despecho de su nombre, lo cierto es, como decía MITTERMAIER, que los medios de convicción que sirven al historiador para examinar la verdad de los hechos pasados, son precisamente los mismos en que el juez funda la suya cuando se trata de averiguar la existencia de un crimen y sus circunstancias".

63 La cuestión de la posibilidad de la prueba supone un vasto terreno de investigación jurídica, que toca aspectos tan centrales en la teoría del proceso como, por ejemplo, la pregunta acerca de la naturaleza, contenido y alcance de la prueba penal. En este sentido, la temática de la prueba penal se refiere principal, aunque no exclusivamente, a cuestiones como: i) ¿Qué es, exactamente, en lo que consiste la prueba penal?; ii) ¿Es en realidad posible probar algo al interior de un proceso penal?; iii) ¿Qué es con exactitud lo que se puede probar al interior de un proceso? y, en su caso, iv) ¿Bajo qué presupuestos es aquello posible? Abordar cada uno de estos interrogantes, y tantos otros que de ellos pueden desprenderse, tendría que ser objeto de un tratado sobre la prueba en materia criminal, lo cual excede en mucho los propósitos de este trabajo. Por tal motivo, me contraeré solo a explorar lo atiente a la relación que puede existir entre la prueba y la verdad - sí es que hay alguna -, y a las condiciones en que aquella, en su caso, se desarrolle.

64 Al respecto, señala Ferrer (2002, Pág. 15) que "Aunque ha sido destacado en buena parte de los trabajos sobre la prueba judicial, el problema de la polisemia de la palabra 'prueba' sigue siendo motivo de un buen número de confusiones y discusiones puramente verbales". Y por su parte, Muñoz Sabate (1993, Pág. 167 Pie de Pág. # 2) explica que: "No hace falta que digamos la gran variedad de opiniones sobre el concepto de medios de prueba, variedad ésta que CASTRO MENDEZ ha llegado a calificar como de caos terminológico (Do conceito de prova em roceso civil, 1961, pág. 9). La confusión se centra particularmente en torno a las expresiones medio y fuente de prueba. Así, mientras que para CARNELUTTI, lo primero es la actividad del juez en busca de la verdad del hecho y la segunda el hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad, como por ejemplo testigos o documentos, en cambio para otros autores, que constituyen la mayoría (CHIVENDA, LESSONA, SCHONKE, KISCH, GUASP, etc.) los medios de prueba son precisamente esto último".

Con propósitos puramente didácticos, el problema de la relación entre la prueba y la verdad puede ser planteado en los términos de una distinción entre dos caminos opuestos para acceder a la verdad en el proceso. Es decir, en el contexto de una diferencia entre dos hipótesis encontradas acerca de la manera en que puede alcanzarse la verdad dentro del proceso penal :<sup>67</sup>

(i) La primera hipótesis, consiste en afirmar que la verdad dentro del proceso penal se “descubre”. Acá se entiende el <<descubrir>> como aquel proceso intelectual en virtud del cual, la realidad del “ser en si” de las cosas se le **revela** al hombre en toda su complejidad. Lo más característico de este concepto, y lo que en últimas permitiría diferenciarlo, es que cuando se afirma que se ha “descubierto” algo se implica así mismo que se cree en la preexistencia del fenómeno al acto de conocimiento. De manera que al “descubrir”, el agente no determina la naturaleza o características del objeto que conoce, sino que solamente las reconoce, las acepta y las declara.

(ii) La hipótesis opuesta parte de la idea de que la verdad dentro del proceso penal se “construye”. La <<construcción>> es un proceso de creación completamente libre y original. En ella reside el acto y el producto de una **ilimitada** capacidad creadora del hombre. Lo distintivo de la “creación” es su originalidad, en el sentido de que es completamente novedosa y única, al punto que sin la iniciativa e inteligencia de su creador ésta

no existiría tal como es. A diferencia del “descubrir”, cuando se afirma que se ha “construido” algo, se está implicando que se entiende que el objeto o fenómeno construido solo existe a merced del acto de creación humana, y que ha sido el hombre quien le ha conferido todas las propiedades que lo individualizan. <<Construir>> es, por tanto, en este sentido, un acto libre, ilimitado e irrestricto de creación<sup>68</sup>.

Frente a la primera hipótesis téngase en cuenta, que ya se han presentado las razones por las cuales no resulta convincente sostener que lo objetivo sea aquello que está en un mundo exterior ubicado por fuera de la mente del sujeto, ni que la verdad se traduzca en la correspondencia entre la idea y esa realidad objetiva. De manera que, por razones de coherencia, es insostenible afirmar que la verdad pueda ser en algún modo “descubierta”. La creencia en la existencia de una realidad dada anterior al hombre – una realidad independiente que no puede ser determinada o transformada sino solo reconocida -, y la creencia en la posibilidad de conocer esa realidad, es un presupuesto de la creencia en la posibilidad de “descubrir” la verdad. Obsérvese que para negar la teoría del “descubrimiento” de la verdad no hace falta negar la existencia de esa realidad. Solamente hace falta, como ya se ha hecho, negar la posibilidad de demostrar el conocimiento de ella. Si no se conoce manera alguna de establecer cómo es esa realidad objetiva ubicada en el mundo exterior por fuera de la mente del sujeto, ni forma alguna de comprobar si la representación que se hace corresponde a esa realidad, entonces debe colegirse que tampoco sería posible un “descubrimiento” de la verdad como correspondencia con esa realidad.

65 La vinculación entre el concepto de <<prueba>> y el concepto de <<argumento>>, puede perfectamente establecerse si se acepta, como explica Alexy (1989, Pág. 120), que “Un argumento es la fundamentación que nos motiva a reconocer la pretensión de validez de una afirmación o de una orden o, en su caso, de una valoración”.

66 La decisión de utilizar el término <<prueba>> en esa acepción, no es en modo alguno caprichosa: obedece a razones históricas. Por ejemplo, en la aportación aristotélica, la prueba no era una parte del discurso, sino la finalidad del discurso. Para Aristóteles la prueba era el entinema, como correspondiente retórico del silogismo [de acuerdo con Pedroso (2003, Pág. 5): “El entinema que es un silogismo similar al científico, pero que se diferencia de él porque no tiene que basarse en premisas universales y verdaderas, sino en premisas verosímiles. El entinema da cabida a las opiniones verosímiles, probables, generalmente admitidas en todo momento y a las máximas que concuerdan con las predisposiciones y prejuicios de los oyentes. Aristóteles las clasifica como «lugares comunes» (Topoi)”]. En igual modo, y para citar solo otro ejemplo más, en el derecho romano la tradición retórica aristotélica se continuó por Cicerón, quien la definió como argumentum [ver Romero Coloma (1986, Pág. 12) quien sostiene: “En Roma la tradición retórica fue fijada y condicionada por Cicerón, siendo clásica la noción de la prueba como <<argumentum>>, es decir, <<ratio quae rei dubiae faciat fidem>>”].

67 Aclaro, eso sí, que no hay novedad alguna al tomar esta diferencia como punto de partida, pues ella ya ha sido usada alguna vez en el marco de la discusión acerca de la naturaleza del conocimiento. Sobre este particular, y sus alcances en materia jurídica, puede consultarse a Foucault (1995). En ese libro, publicado por primera vez en 1980, se recogen las transcripciones de las más importantes conferencias dictadas por Foucault en torno al problema del conocimiento dentro de las estructuras jurídicas de juzgamiento.

68 La expresión: <<inventada>> la he tomado directamente de la influyente postura de Foucault (1995, Pág. 19), quien a su vez la extrae de un texto de Nietzsche publicado póstumamente en 1873: “En algún punto perdido del universo, cuyo resplandor se extiende a innumerables sistemas solares, hubo una vez un astro en el que unos animales inteligentes inventaron el conocimiento. Fue aquel el instante más mentiroso y arrogante de la historia universal”.

Precedentemente se ha sostenido que el objeto del debate procesal no se centra en los hechos *en sí mismos considerados*, sino en las *versiones de los hechos* que a la discusión allegan los sujetos procesales. Versiones que, en cualquier caso, por su naturaleza, no son algo precedente a los sujetos procesales, ni algo que los sujetos procesales puedan simplemente reconocer, aceptar y declarar por ser independiente y anterior a ellos, sino más bien algo que se encuentran claramente creado y determinado por ellos. Consecuente con las razones anteriores sería incomprensible afirmar que la verdad de los hechos pueda *descubrirse* por parte del juez para efectos del fallo, habida cuenta que él no tendría la posibilidad de conocer los hechos *en sí*, sino la versión que de los hechos le entregan las partes. Aún más, el análisis de los medios de prueba, su valoración e interpretación, en el mejor escenario, solo podría llevar al juez a formarse su propia versión de los hechos; una versión que no solo no puede comprobarse si corresponde a como son los hechos *en sí*, **sino que es creada por el juez y no reconocida por él.**

Resulta entonces concluyente afirmar, que dado que de entrada existe un catálogo de limitaciones epistemológicas (influencia de factores subjetivos, por ejemplo) para que el juez pueda conocer los hechos *en sí*, entonces se colige que tampoco podría descubrir esos hechos.<sup>69</sup> En igual modo, siendo imposible el *descubrimiento* de los hechos al interior de un proceso, por sustracción de materia resultaría entonces igualmente imposible su *demostración*. En esta lógica, la prueba penal, como argumento para demostrar el descubrimiento de los hechos objeto de juzgamiento, sería imposible.

En lo que hace a la segunda hipótesis, la forma en que se produce la decisión judicial se asemeja más al acto de *creación* que al acto de *descubrimiento*. El libelo de la decisión judicial siempre proyecta, bien sea de manera implícita o de manera expresa, una *versión de los hechos* que se ha representado el funcionario judicial. La cual, como obra de su inteligencia, está determinada por todos los factores subjetivos que le afectan. En este sentido, la elaboración de una decisión judicial se asemeja a un acto de creación, en tanto que es el funcionario quien determina su fisonomía. Sin embargo, la naturaleza de la decisión judicial, en el marco de un Estado de derecho, no es la de un acto de creación absolutamente discrecional o caprichoso del funcionario judicial, pues ello resquebrajaría el principio fundamental de legalidad (seguridad jurídica)<sup>70</sup>. La decisión judicial es un acto reglado, y deben existir presupuestos que determinen las condiciones en que ésta pueda ser considerada como verdadera. En este otro sentido, la decisión judicial no se asemeja propiamente al acto de pura y libre *invención*, cuando quiera que su producción no responde al mero arbitrio del funcionario, es decir, no se trata de un acto libre, ilimitado e irrestricto de creación.

La exploración de estos dos extremos, en búsqueda de una definición de la manera en que se produce la verdad al interior del proceso, pretende esclarecer el panorama para identificar el justo punto medio que aproxime la solución. En esta línea hay algunas corrientes de pensamiento filosófico y jurídico que apuntan a indicar que resultaría más conveniente sostener, que la verdad al interior del proceso penal no se *descubre, ni se inventa, sino que se "construye"*<sup>71</sup>.

69 En este sentido también se pronuncia Gascón (2004, Pág. 317) quien al respecto dice: "No haber reparado suficiente en la distinción entre descubrir y justificar es propio de la concepción mentalista o psicologista de la motivación, que expresa la posición de quienes entienden que motivar consiste en hacer explícito todo el proceso mental que ha llevado a la decisión, en realizar en definitiva un ejercicio de sinceridad."

70 Para algunos autores como Frank (1991, Pág. 42), por ejemplo, la noción de <<predicción de las decisiones>> es ajena al proceso judicial, ya que: "tal noción choca con las opiniones de aquellos que –como Stephen, Maine, Gross y Wigmore- han estudiado cuidadosamente muchos procesos. Estos autores coinciden en lo siguiente: 1) muchos errores de los testigos no se originan en la parcialidad, sino en honestos errores de sus observaciones primarias de los acontecimientos pasados, en el momento en que ellos ocurrieron, o en honestas equivocaciones de la memoria respecto de esas observaciones; 2) frecuentemente, nadie puede descubrir si un testigo ha cometido o no tales errores honestos; 3) también a menudo el testimonio deliberadamente perjurado pasa sin ser descubierto; 4) la parcialidad inconsciente de un testigo honesto es todavía más difícil de captar; 5) sobre todo, los métodos usados por los jueces de primera instancia para determinar si deben creer o no a ciertos testigos no pueden ser formulados en reglas y sistematizados".

71 Excedería en mucho las posibilidades de este escrito intentar abarcar en toda su dimensión el constructivismo epistemológico, por lo que no es posible de emprender, siquiera tangencialmente, un estudio de este modelo de pensamiento. Para una interesante aproximación al tema, consultar a Nino (1988).

La aplicación de esta perspectiva epistemológica para la comprensión del fenómeno jurídico es objeto de arduos trabajos. El *constructivismo jurídico*<sup>72</sup> ha tomado como presupuesto la idea de que el modo en que se describe un hecho lleva implícita la comprensión del significado que se le atribuye a ese hecho en el contexto social. Por ello, para entender un fenómeno social es importante estudiar el lenguaje ordinario utilizado para describirlo.<sup>73</sup> En este sentido, la verdad o la falsedad son calidades que se aplican, únicamente, a las expresiones del lenguaje que se utilizan para describir una determinada *versión de los hechos*<sup>74</sup>.

Bajo una perspectiva semejante, cuando hablamos de <<prueba>> penal, nos estamos refiriendo al conjunto de argumentos que justifican una determinada *versión de los hechos*. En consecuencia, podrá decirse que: una determinada *versión de los hechos* se encuentra *probada*, cuando el funcionario que la propone ha presentado una cadena de argumentos que se considera verdadera. Visto desde otra perspectiva: una teoría como esta permite afirmar que, tanto cuando las partes presentan argumentos para persuadir al juez de su versión de los hechos, como cuando el juez motiva su decisión mediante argumentos con los que pretenden persuadir al colectivo indeterminado de la corrección de su fallo, estamos en presencia de la “prueba penal”. Como se observa, la prueba, en un esquema tal, no tiene nada que ver con la aportación de elementos materiales (evidencias) para la demostración de una pretendida correspondencia entre la representación que se ha hecho el funcionario judicial, y los hechos tal como fueron pre-configurados en la realidad histórica con independencia del acto de conocimiento. La prueba, en este modelo, tiene que ver con los argumentos presentados por el juez, con las oraciones en que se descomponen dichos argumentos y, en concreto, con las propiedades semánticas de aquellas expresiones del lenguaje que utiliza el funcionario judicial para exteriorizar los argumentos en que se fundamenta su decisión.

72 Hay quienes afirman que no se puede hablar de constructivismo, sino de constructivismos, pues son múltiples las corrientes que abordan el problema de la verdad desde la perspectiva del lenguaje.

73 Irresistible citar la inquietante, y a veces perturbadora, perspectiva nietzscheana (Nietzsche, 1967, Pág. 63): “Hay una cosa que me ha producido la mayor confusión y sigue causándomela: es advertir cómo es infinitamente más importante conocer el nombre de las cosas que saber lo que son.”

74 Opinión diferente sostiene Gösser (1991, Pág. 71) quien defiende la siguiente tesis: “c) Puedo compendiar las siguientes reflexiones: a) en el Proceso penal se elabora en todo caso una determinada imagen judicial de la verdad, b) junto a esta imagen judicial, es de reconocer la existencia de un acontecimiento real, del que puede desviarse la imagen del Juez, afortunadamente susceptible de verificación por medio de recurso, c) la verdad sobre el hecho es aprehendida, pero no construida, si bien tal aprehensión tiene procesalmente lugar a través de una imagen de la verdad, que en su libre convicción se forma y, en este sentido, ‘instaura’ o ‘crea’ el Juez”.

75 Este concepto semántico de <<verdad >> abre la puerta a un vasto terreno de exploración teórica, desde el cual se ofrecería la posibilidad de fundamentar criterios racionales de atribución de verdad, y que concretamente se halla en lo que algún sector de la filosofía del derecho ha encuadrado bajo el rubro de Teoría de la Argumentación: línea de pensamiento jurídico-filosófico que, pese a no encontrarse agotada, ha rendido importantes aportaciones a la teoría general del proceso y de la prueba, las cuales tiene que ver principalmente con la comprensión de la estructura de los argumentos en los que se sustentan los enunciados normativos (si se acepta previamente que los jueces crean derecho y que las decisiones judiciales penales son proposiciones prescriptivas que imponen una sanción externa e institucionalizada, entonces no hay problema para admitir que la sentencia es también un enunciado normativo), de cara a establecer criterios racionales para la justificación de las decisiones judiciales. Campo este en el cual son imprescindibles las aportaciones que, al respecto, han formulado Perelman (1989) y Alexy (1989). El buen rumbo de los trabajos que se adelantan en este campo promete ofrecer una respuesta acerca de cuándo, y bajo qué condiciones, puede considerarse que una decisión judicial es verdadera.

Cuando las oraciones de que se componen los argumentos que sustentan una específica versión de los hechos se adecua al nombre de la oración tal como es intersubjetivamente aprehendido, entonces puede decirse que esas oraciones poseen la propiedad semántica de la verdad. Entonces, y solo entonces, también puede afirmarse que, por ley de transitividad, los argumentos que de dichas oraciones se componen son igualmente verdaderos. Y, por último, puede concluirse que la versión de los hechos que se fundamenta en aquellos argumentos se encuentra probada. En este sentido, el concepto de <<prueba>> parece entonces estar más estrechamente vinculado a la teoría de la argumentación<sup>75</sup>, que de las teorías científicas sobre la demostración empírica de los hechos mediante exámenes forenses.

Es significativa la diferencia entre esta postura y la que se defiende por un sector de la doctrina actual<sup>76</sup> que, continuando la tradición seguida por la dogmática procesal penal clásica, sostiene que la prueba penal sigue un razonamiento inductivo, en tanto que éste se encuentra determinado por la probabilidad<sup>77</sup>. Sobre el particular, es importante hacer notar que la probabilidad a la que se refieren es la probabilidad de que la hipótesis de los hechos (o sea, la versión de los hechos construida por el juez) corresponda a los hechos históricos, tal como ocurrieron en la realidad histórica ubicada en el mundo exterior por fuera de la mente del funcionario. En este sentido, la utilización del término <<probabilidad>> es un eufemismo que esconde en realidad un recurso retórico que pretende hacer frente a la problemática ya denunciada y que, además, sin lograr una solución real de la misma, perpetúa una teoría de la prueba penal fundamentada en un concepto clásico de <<verdad como correspondencia>> que, como se ha explicado en reiteradas oportunidades, no es conveniente.<sup>78</sup>

Por otra parte, con lo dicho hasta ahora también se ha evacuado el interrogante relacionado con la pregunta acerca de qué es lo que se prueba al interior del proceso: coherente con la opinión expuesta, lo único que es susceptible de prueba dentro del proceso penal son las diferentes *versiones de los hechos* y no, como lo sostiene algún sector de la doctrina, los hechos mismos (Romero Coloma, 1986, Pág. 20). Afirmar que los hechos mismos son susceptibles de prueba, solo puede partir de la insostenible creencia en la posibilidad de aprehender los hechos tal como son en una realidad dada en el mundo exterior por fuera de la mente del funcionario, sin tomar en consideración los factores subjetivos que afectan el proceso de conocimiento. Postura que, como se ha dicho, conduce a un concepto de verdad que no es útil; a un concepto de verdad que es utópico y, por consiguiente, inservible a los fines del proceso.<sup>79</sup>

La siguiente pregunta es: ¿De qué manera, y bajo qué condiciones, es posible la prueba penal? Para responder a esta pregunta puede utilizarse la analogía propuesta por Ronald Dworkin,<sup>80</sup> consistente en que elaborar un fallo se asemeja a la tarea de concluir una novela cuya redacción fue iniciada por otra persona. Si se nos pidiera culminar la tarea de redactar un texto literario iniciado por otra persona, tendríamos que darnos, antes que todo, a la tarea de leer el fragmento ya escrito, para asegurarnos de que su culminación sea coherente con el principio. Evidentemente, es posible que la novela tenga diferentes finales; al menos tantos finales como personas intenten culminarla, pues en últimas ello es una labor de creación.<sup>81</sup> Sin embargo, también es evidente que la historia narrada inicialmente limita los posibles finales, en el sentido que no es aceptable un final que distorsione el sentido inicial de la novela. Asimismo, también es evidente que existirán algunos finales que sean más plausibles que otros, en atención al grado de coherencia que guarden respecto del

comienzo de la obra. Finalmente, también resulta lógico sostener que, cuanto más prolífico y descriptivo sea el comienzo de la novela, menor será la cantidad de posibles finales, pues más limitada estará la inventiva de quien se encarga de redactar el final.

Algo semejante ocurre en la redacción de una sentencia: al interior del proceso penal, el juez debe construir su versión de los hechos, y ofrecer argumentos para probar dicha versión de los hechos. Tanto su versión de los hechos, como los argumentos con que ésta se prueba, han de construirse en la sentencia a partir de la integración de expresiones con contenido lingüístico, tales como las oraciones<sup>82</sup>. Estas expresiones con contenido lingüístico son elaboradas no solo por el juez, sino también por todos los demás sujetos procesales, y son susceptibles de ser calificadas como verdaderas o no, en función de su adecuación semántica al nombre de la oración tal como es aprehendido intersubjetivamente.

Ahora bien, en lo que hace al nombre u objeto al que se refiere la oración, debe llamarse la atención en cuanto a que éste es el substrato de una representación mental (idea) que se hacen el juez, y los demás sujetos procesales, luego de un proceso de estudio, interpretación y valoración de los medios de prueba: el nombre de la oración, o sea, el objeto al que se refiere la oración es, en últimas, la idea o representación mental que tiene el emisor, acerca de aquello a lo que pretende que se refiera su oración. Así las cosas, cuando entorno a esa representación mental (idea) es posible llegar a un amplio acuerdo intersubjetivo, entonces diremos que el nombre u objeto de la oración es "objetivo" y, en consecuencia, existiendo correspondencia entre la oración y este nombre de la oración, puede decirse que la oración es verdadera en términos semánticos.

76 Entre quienes se encuentra, por ejemplo, Gascón (2004, Pág. 306), quien sostiene: "Ahora bien, pese a la apariencia deductiva del razonamiento [se refiere al razonamiento probatorio], en rigor, su naturaleza es inductiva, y ello porque las leyes a las que se recurre no son leyes universales, sino, simples regularidades empíricas que establecen solo relaciones de probabilidad; o sea, solo establecen - de acuerdo con nuestra experiencia pasada - que si las pruebas son verdaderas es probable que también lo sean las hipótesis. Si a eso se añade que en el discurso judicial la mayoría de estas regularidades son leyes sociales - por tanto leyes sobre la acción humana 'libre' - y, sobre todo, máximas de experiencia basadas en el <<id quod plerumque accidit>>, entonces la naturaleza probabilística de la implicación se muestra todavía más clara."

77 Ver Supra nota 27

78 A respecto, Muñoz Sabate (1993, Pág. 68) sostiene que, "con lo que venimos diciendo, no podemos ver en este estadio probabilística, dentro del cual juega sus brazas la prueba judicial, otros posibles resultados que a los que llega la llamada lógica plurivalente de REICHENBACH, donde el concepto de verdad queda subsumido bajo el concepto de probabilidad y en el cual se señala una especie de escala comprendida entre los números 1 y 0. Hay dos certidumbres concebibles respecto a cualquier hipótesis: la certidumbre de su verdad y la de su falsedad. Los números 1 y 0 serían lo apropiados en este cálculo para designar estos extremos de conocimientos, mientras que las fracciones que poseen valores intermedios entre ellos indican algo así como los grados en los cuales la evidencia se inclina hacia uno u otro". Y más adelante explica: "¿Cómo se efectúa ese acercamiento dentro de la escala 1-0? Esto es ya una cuestión que se produce en los arcanos del alma de cada uno. La convicción, escribe MITTERMAIER, procede de la individualidad del juez, o, como dice FRANK, los jueces no son seres fungibles. Se trata en realidad de un fenómeno psicológico (recordemos como GUASP defiende la teoría de la convicción psicológica opuesta al clásico concepto del juicio lógico), y si se nos apura diremos que también comprende un fenómeno sociológico, por cuanto el juzgador, como ser humano, pertenece a un grupo social cuyos valores condicionan e informan muchas de sus actitudes y creencias. Conviene, sin embargo, no caer en un pesimismo radical, sino más bien en lo que AYER denomina un subjetivismo <<controlado>> cuyo punto de partida sería el reconocimiento de tres tipos de afirmaciones de probabilidad: afirmaciones a priori, estadísticas y de credibilidad. Las primeras expresan un juicio puramente formal matemático (referido a posibilidades abstractas), las segundas se imponen como naturaleza empírico-frecuentista, y las tercera se objetivizan en una relación personalista (juicio de credibilidad racional)" (MUÑOZ SABATE. Pág. 70).

El estudio, la interpretación y valoración de cada medio de prueba conduce a la formación de una representación mental acerca de los hechos: por ejemplo, al escuchar un testigo, los sujetos procesales pueden hacerse una representación de aspectos puntuales de los hechos tales como, por ejemplo, la hora en la que el sospechoso dejó la escena del crimen. Esta representación será el nombre u objeto al que se refiera una oración del tipo: "*el sospechoso dejó la escena del crimen a las 18:00 horas*". En consecuencia, la oración "*el sospechoso dejó la escena del crimen a las 18:00h*" será verdadera sí, y solo sí, es posible llegar a un amplio acuerdo intersubjetivo entorno a la idea de que el sospechoso dejó la escena a las 18:00 horas.

Pero por supuesto, en el libelo de la sentencia, al juez no le bastará con afirmar oraciones del tipo: "*el sospechoso dejó la escena del crimen a las 18:00 horas*". Aparte de ello, deberá elaborar otras oraciones para argumentar en qué se sustenta la idea de que, en efecto, el sospechoso dejó la escena del crimen a las 18:00 horas. En tal caso, seguramente ofrecerá oraciones como, por ejemplo, "*el testigo afirmó haber visto al sospechoso dejar la escena a las 18:00*". Dado lo anterior, es posible afirmar que la oración: "*el testigo afirmó haber visto al sospechoso dejar la escena a las 18:00*", y la cual integra el argumento que justifica la idea de que el sospechoso dejó la escena del crimen a las 18:00 horas, es verdadera si, y solo sí, es posible llegar a un amplio acuerdo intersubjetivo entorno a la idea de que el testigo en efecto afirmó haber visto al sospechoso dejar la escena a las 18:00.

En rigor, la posibilidad de llegar a un amplio acuerdo intersubjetivo entorno a la idea o representación mental a la que se refieren los argumentos, la mayoría de las veces podría, aunque no necesariamente, conducir a la posibilidad de llegar a un amplio acuerdo intersubjetivo entorno a la idea o representación mental de los hechos a que ha llegado el juez (o algún otro sujeto): si es posible llegar a un amplio acuerdo intersubjetivo entorno a la idea de que el testigo afirmó haber visto al sospechoso dejar la escena a las 18:00, muy probablemente será posible llegar a un amplio acuerdo intersubjetivo entorno a la idea de que el sospechoso dejó la escena a las 18:00 horas. El margen de discrepancia, en este caso, está dado por el hecho de que a un proceso penal no se allega normalmente un solo medio de prueba, sino que se allegan varios que, además, deben ser interpretados en conjunto, con lo cual se disipa la posibilidad de llegar a acuerdos intersubjetivos tanto entorno a la idea o representación mental de los hechos, como entorno a la idea o representación mental a la que se refieren los argumentos: se puede estar de acuerdo con las razones, pero no con la conclusión, y, a contrario sensu, se puede estar de acuerdo con la conclusión, pero no con las razones.

En relación con las representaciones mentales o ideas a las que se refieren las oraciones con las que se construye la correspondiente versión de los hechos cabe entonces sostener, la distinción entre aquellas en torno de las cuales es posible llegar a amplios acuerdos intersubjetivos (para efectos prácticos me referiré a ellas como proposiciones objetivas)<sup>83</sup>, y aquellas en torno de las cuales no es posible llegar a amplios acuerdos intersubjetivos (para efectos prácticos me referiré a ellas como proposiciones subjetivas).<sup>84</sup>

79 En este mismo sentido, Ferrer (2002, Pág. 78) sostiene que "No es extraño encontrar en la doctrina y en la jurisprudencia la tesis de que lo que se prueba en el proceso son los hechos. Algunas veces ello obedece a razones de simplicidad expositiva, en otras es exactamente eso lo que se quiere decir. Sin embargo, ésta es una mala forma de plantear el problema. Los hechos no pueden ser probados en sí mismos. (...) Lo único que puede probarse es el enunciado que afirma la existencia de una mesa en mi despacho y no la mesa misma. Del mismo modo, puede probarse el enunciado que afirma (o niega) la firma de un contrato, etc. En el proceso, por tanto, deberán probarse los enunciados sobre los hechos formulados por las partes".

80 Dworkin (1998, Pág. 167) señala que "Cada juez debe verse a sí mismo, al sentenciar un nuevo caso, como un eslabón en la compleja cadena de una empresa en la que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones, estructuras, convenciones y prácticas son la historia. Su responsabilidad es continuar esa historia hacia el futuro gracias a su labor hoy".

81 Tal vez Dworkin no estaría de acuerdo con esta afirmación, toda vez que en su opinión, y a diferencia de Hart, solo es posible una única solución para cada caso concreto. Para una interpretación en este sentido ver el trabajo de César Rodríguez (1997, Pág. 34).

82 Acá se toma la distinción que hace Alexy (1989, Pág. 51) así: Enunciado: Determinada secuencia de signos; Oración: Uso del enunciado en una determinada situación; Proposición: Significado o sentido de un enunciado.

83 Por ejemplo el juez, o cualquiera de las partes, podría afirmar que: el acusado estuvo presente en la escena de los hechos. Dependiendo de su justificación, (por ejemplo, argumentando una determinada interpretación y valoración de los medios de prueba existentes en el proceso, tales como una huella dactilar, testimonios, videos, o la confesión del acusado), esta proposición podría ser susceptible de un acuerdo intersubjetivamente fácil de alcanzar, en el sentido que cualquier persona, o al menos la gran mayoría de ellas, estarían de acuerdo en sostener que es cierta.

84 Por ejemplo, cuando la interpretación y valoración de los medios de prueba es discutible, las proposiciones que de ellas emerge no permite llegar fácilmente a acuerdos intersubjetivos. Ello ocurre, a modo de ejemplo, en relación con el dolo y, en general, con los aspectos subjetivos del delito, por cuanto allí es difícil llegar a acuerdos intersubjetivos en cuanto al significado que puede dársele a los medios de prueba, al punto que no sería correcto afirmar que cualquier persona, y ni siquiera la mayoría de ellas, estaría necesariamente de acuerdo en sostener que la proposición elaborada por el juez como consecuencia de su interpretación y valoración de los medios de prueba, es verdadera.

En el proceso de construcción de su versión de los hechos, el juez se encuentra necesariamente limitado por aquellas ideas o representaciones objetivas, en tanto que, una vez identificadas, su versión de los hechos simplemente no debe contradecirlas, estando en todo caso obligado a ajustarse sistemáticamente a ellas. Si el juez construyera una versión de los hechos desconociendo las ideas o representaciones objetivas, entonces estaría imponiendo su personal criterio en detrimento del acuerdo intersubjetivo que existe en torno a ellas y, como corolario, su decisión sería caprichosa, arbitraria. En este sentido, existe una relación de inversa proporcionalidad entre la cantidad de ideas o representaciones objetivas, y la cantidad de versiones posibles de los hechos: a mayor cantidad de ideas o representaciones mentales objetivas, menor será la cantidad de versiones posibles de los hechos, y a la inversa, a menor cantidad de ideas o representaciones mentales objetivas, mayor será la cantidad de versiones posibles de los hechos.<sup>85</sup>

Así como en la analogía de Dworkin el principio de la novela limita sus posibles finales, en el proceso penal las ideas o representaciones mentales objetivas limitan las posibles versiones de los hechos: en orden a probar su versión de los hechos, el juez debe construir una cadena argumentativa que se adecue a las ideas o representaciones objetivas, precisamente porque la verdad, como propiedad semántica de las oraciones que componen la correspondiente versión de los hechos, tendrá o no lugar en función de la correspondencia entre aquellas oraciones, y éstas ideas o representaciones entorno a las cuales es posible llegar a amplios acuerdos intersubjetivos.<sup>86</sup>

Pero por supuesto, la problemática se focaliza alrededor de los casos en los que el juez no está en condiciones de identificar cuáles son esas ideas o representaciones mentales entorno a las cuales puede construir su versión de los hechos. Se trata de aquellos casos en los que las diferentes representaciones que es posible obtener a partir del estudio, interpretación y valoración de los medios de prueba son discutibles, y no permiten llegar a amplios acuerdos intersubjetivos. O sea, son subjetivas.<sup>87</sup> En estos casos, la situación puede resolverse en primer lugar aplicando la fórmula del *in dubio pro reo*,<sup>88</sup> la cual indica que el juez debe decantarse por la versión de los hechos más favorable al procesado, aun cuando no exista un acuerdo intersubjetivo respecto a ella.

No obstante, la fórmula *in dubio pro reo* no es perfecta, y en ocasiones conduce a decisiones inconvenientes desde el punto de vista político criminal. En efecto, recuérdese que en materia penal existe un conflicto entre el interés del procesado por preservar su libertad, y el interés de la sociedad por la realización de los fines de la pena. Una de las finalidades del proceso penal es resolver esa tensión de intereses. El inconveniente que presenta el *in dubio pro reo* es que los eventos en que se hace imperativa su aplicación se caracterizan por la existencia de una duda que le impide al funcionario determinar, fundamentalmente, si el procesado es o no responsable penalmente. Como consecuencia de ello, obsérvese que si bien es cierto que el principio *in dubio pro reo* minimiza el riesgo de que un inocente sea condenado, no es menos cierto que también aumenta la probabilidad de que un culpable quede impune. Es por lo anterior que la sociedad requiere el desarrollo de tecnologías jurídicas que, sin lesionar los derechos fundamentales del procesado, contribuyan a reducir gradualmente los casos en que sea necesario aplicar el principio *in dubio pro reo*.

85 Cómo se observa, esta conclusión encaja con lo expuesto anteriormente, en cuanto a que la relativa facilidad o dificultad para llegar a acuerdos intersubjetivos es lo que diferencia los casos fáciles de los difíciles. Supra, nota 18.

86 Esta conclusión puede encajar con la perspectiva del proceso penal que defiende Frank (1991, Pág. 92) cuando sostiene que: "El juez de primera instancia, sin embargo, cuando da a la publicidad una explicación de su sentencia pretende seguir la teoría convencional y se torna analítico, lógico. Él 'disocia', separa los hechos que 'determina', de la norma jurídica que, según expresa, aplica a esos hechos. De esa manera busca justificar su sentencia como un producto lógico. Pero (como hemos sido informados por eminentes jueces de esta clase) un juez al dar forma a su explicación normalmente trabaja hacia atrás; comienza con la decisión que –como consecuencia de su reacción intuitiva compuesta- estima prudente o justa. Luego determina los hechos de tal modo que, subsumidos bajo una norma jurídica aceptada, hacen aparecer esa decisión como lógica, jurídicamente fundada. Es en ese esfuerzo 'racionalizante' donde puede ocurrir ese "manipuleo" de los hechos –usualmente inconsciente o semiconsciente- a que me he referido antes"

87 Casos difíciles, tal como los definimos, Supra, nota 18.

88 Tal como lo expusimos Supra nota 20.

La producción de las tecnologías conceptuales que permitan resolver los casos de ausencia de proposiciones objetivas corresponde particularmente a la dogmática penal (tanto procesal como sustancial). La ausencia de acuerdo intersubjetivo que caracteriza esos casos se presenta, precisamente porque allí existe un problema comunicativo que debe resolverse. En muchos casos, detrás de la dificultad para llegar a acuerdos intersubjetivos respecto de una afirmación lo que subyace es la ausencia de un consenso, en cuanto al contenido de los conceptos implicados en ella. Problema que debe resolver la dogmática. Nótese que la ausencia de conceptos nítidamente definidos dificulta la comunicación; a su vez, la dificultad en la comunicación impide llegar a acuerdos intersubjetivos; por su parte, la dificultad para llegar a acuerdos intersubjetivos impide la objetividad; y, finalmente, la ausencia de objetividad limita las posibilidades de alcanzar una solución que pueda ser semánticamente calificada como verdadera. El sentido de la existencia de la dogmática es justamente la elaboración y revisión de los conceptos que posibilitan una comunicación fluida, en orden a facilitar la obtención de acuerdos intersubjetivos que permitan establecer lo que semánticamente es verdadero (Luhmann, 1983).<sup>89</sup>

La principal función de la dogmática es la elaboración y revisión de los conceptos que posibilitan la comunicación entre juristas, en orden a viabilizar la realización de acuerdos intersubjetivos que permitan el desarrollo de la ciencia del derecho y, en consecuencia, la satisfactoria solución de casos problemáticos. En este sentido, es perfectamente pertinente la aportación de Luhmann, en cuanto a que: *"La característica más importante en el concepto de la dogmática para la comprensión habitual es la prohibición de la negación: la no-negabilidad de los puntos de partida de las cadenas de argumentación. Están sustraídos a la crítica. Así, por ejemplo, decía JULIUS KRAFT: <<Una disciplina se denomina dogmática siempre que considere proposiciones, en sí o por sí, arbitrarias, como por encima de toda crítica y de este modo abone el postulado de la investigación independiente>>. Los espíritus libres se sienten atacados. Los sociólogos, en cambio, no ignoran que algo <<en sí y por sí arbitrario>> no existe en absoluto en la vida social, y saben también que toda comunicación humana presupone no-negabilidad"* (Luhmann, 1983, Pág. 28).



89 Luhmann (1983, Pág. 29) sostiene, que "Los juristas que defienden un concepto meditado de la dogmática se aproximan a esta opinión generalmente. El sentido de la dogmática no está para ellos en la fijación de lo ya de por sí establecido, sino en hacer posible la distancia crítica, en organizar un estrato de reflexiones, de fundamentos, de valoración de relaciones, con el que el material jurídico es controlado y elaborado para la aplicación más allá de su valor como dato no mediato, la dogmática regula la conducta disponeadora del jurista."

## 1.2. Diferencia entre evidencia física, medio de prueba y prueba

Al hablar de la prueba en el proceso penal es importante establecer una clara diferencia entre tres conceptos que se suelen confundir: a) la evidencia física; b) el medio de prueba; y c) la prueba misma.

### 1.2.1. Evidencia física

La evidencia física es cualquier clase de objeto material que contenga información sobre las circunstancias de modo, tiempo o lugar en que ocurrió el hecho punible. La evidencia física también puede contener información sobre la identidad de los autores y partícipes en el hecho que es materia de investigación.

Las metodologías, procedimientos, técnicas y tecnologías que pueden aplicarse para la búsqueda, identificación, ubicación, recolección, embalaje, rotulado, transporte, custodia y análisis de la evidencia física es materia de estudio de una disciplina llamada criminalística. Existen dos tipos de criminalística:

a) La criminalística de campo, que estudia las metodologías, procedimientos, técnicas y tecnologías que no requieren conocimientos científicos especializados. La criminalística de campo sí requiere conocimientos especializados en ciertos tipos de métodos, procedimientos, técnicas y tecnologías de naturaleza policial, desarrollados para buscar, identificar, ubicar y recolectar información y evidencia útil a la investigación criminal. Por ejemplo, las técnicas de infiltración de agentes encubiertos en organizaciones criminales, o los métodos, técnicas y tecnologías para la interceptación de comunicaciones.

b) La criminalística de laboratorio, que estudia las metodologías, procedimientos, técnicas y tecnologías que sí requieren conocimientos científicos especializados. La criminalística de laboratorio está dividida en especialidades llamadas ciencias forenses, que son aquella parte de la criminalística enfocada en la aplicación de conocimientos propios de algunas ciencias, a la investigación de los delitos. Las ciencias forenses se llevan a la práctica en laboratorios forenses, también conocidos como gabinetes forenses, que no son otra cosa que lugares físicamente adaptados y dotados de todos los equipos y tecnologías necesarias, para aplicar los métodos, procedimientos y técnicas requeridas para extraer la información contenida en las evidencias físicas.

### 1.2.2. Medios de prueba

Los medios de prueba son aquellos elementos o actividades a los que la ley les confiere la aptitud de incidir en la formación del convencimiento del operador judicial. Los medios de prueba están regidos por el principio de tipicidad, de manera que solo pueden calificarse como medios de prueba aquellos elementos o actividades que la ley denomine medios de prueba, y que les asigne esa aptitud de incidir en el convencimiento del operador judicial. Tal es el caso del indicio, el testimonio, la confesión, el dictamen pericial o la inspección judicial.

El procedimiento y la técnica para la incorporación de los medios de prueba al proceso penal está reglamentado por la ley, de manera que solo pueden ser considerados como tal aquellos elementos o actividades que surtan ese procedimiento y esa técnica. Al acto procesal por medio del cual se incorpora un medio de prueba al proceso penal se le denomina judicialización de la prueba, y éste es de enorme importancia para la transformación de evidencias físicas en medios de prueba.

En efecto, durante la investigación criminal se recolectan evidencias físicas. Estas evidencias deben transformarse en medios de prueba, para que el juez pueda tenerlos en cuenta, valorarlos y sustentar en ellos sus decisiones. La transformación de las evidencias físicas en medios de prueba se lleva a cabo mediante un acto procesal de judicialización de la prueba, que debe realizarse a través de los procedimientos y técnicas establecidos en la ley.

La técnica más ampliamente aceptada para la judicialización de la prueba (transformación de evidencias físicas en medios de prueba) es el interrogatorio cruzado. Esta técnica consiste en utilizar el testimonio del investigador que encontró y recolectó la evidencia física, para que públicamente, en presencia del juez y los demás sujetos procesales, la identifique, la autentique y la relacione con los hechos que son objeto del proceso penal. Esta persona se somete a un interrogatorio cruzado, para permitirle a la contraparte discutir la aptitud probatoria del elemento. Dicho interrogatorio cruzado consta de cuatro momentos:

**a) Interrogatorio directo:** la parte que pretende la judicialización de la prueba interroga a la persona, para validar su aptitud probatoria.

**b) Contrainterrogatorio:** la contraparte interroga a la persona, para discutir y cuestionar la aptitud probatoria del elemento.

**c) Re directo:** la parte que pretende la judicialización de la prueba interroga a la persona, para revalidar la aptitud probatoria del elemento, en caso de que haya quedado erosionada.

**d) Contra re directo:** la contraparte interroga nuevamente a la persona, para discutir y cuestionar la revalidación de la aptitud probatoria del elemento.

La judicialización de la prueba tiene un efecto legal muy importante, consistente en la obligación que surge para el operador jurídico de tener en cuenta el medio de prueba, valorarlo y sustentar sus decisiones en ellos. Es decir, la judicialización determina que la prueba – entendida como el convencimiento que se forma en la mente de operador judicial – esté sustentada única y exclusivamente en los medios de prueba legal y oportunamente allegados al proceso.

Finalmente es importante mencionar, que los sistemas de enjuiciamiento criminal en las denominadas democracias occidentales prevén como elemento medular del procedimiento, el principio de **libertad probatoria**. Este principio consiste en que los operadores judiciales tienen la libertad de interpretar y valorar libremente y en conjunto los medios de prueba, apelando únicamente a su capacidad de sana crítica. Por oposición a los sistemas de **tarifa probatoria**, propio de las sociedades más cerradas y de corte dictatorial o totalitario, en los que la propia ley establece qué peso o valor debe darse a cada medio de prueba según su naturaleza. Esta interpretación y valoración libre y en conjunto de los medios de prueba debe ser una actividad intelectual del operador judicial, que le permita formarse una convicción íntima y personal sobre la decisión que debe tomar, bajo el criterio de que su decisión debe ser en todo caso razonable. Y es este el sentido y el alcance del estándar probatorio más aceptado en las sociedades liberales, consistente en que la sentencia penal debe estar fundamentada en pruebas (razones) que lleven al juez a una certeza más allá de toda duda razonable, sobre la responsabilidad penal del procesado. Es de esta forma que lo entienden autores de la talla de Devis Echandía (2002, Pág. 29), cuando afirma lo siguiente:

*"De esta manera se tiene que, en sentido estricto, por pruebas judiciales se entiende las razones o motivos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos; y por medios de prueba, los elementos o instrumentos (testimonios, documentos, etc.), utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos (es decir, para obtener la prueba). Puede existir un medio de prueba que no contenga prueba de nada, porque de él no se obtiene ningún motivo de certeza".*

### 1.2.3. La prueba penal

Ya en 1895, en su libro titulado *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Nicola Framarino dei Maltesta (1964) sostenía que la prueba no estaba en el proceso penal, sino en la mente del juez. Siguiendo la lógica de todo lo dicho hasta ahora, la prueba penal es el resultado de la actividad probatoria. Esto es, el producto de la actividad de judicialización, interpretación y valoración de los medios de prueba, que se traduce en la idea o convencimiento que se forma en la mente del operador judicial.

Esta idea o convencimiento está sustentada en premisas que son un constructo intelectual del juez, y que se expresan a través de las oraciones contenidas en el fallo judicial. Dichas oraciones son una manifestación de una particular versión de los hechos en la que cree el operador judicial, y que se explica por las razones (argumentos) que se exponen como motivación de su decisión. En consecuencia, la relación entre la prueba y el lenguaje es estrecha: la prueba está encarnada en las proposiciones del lenguaje que utiliza el juez para expresar sus ideas, sus convicciones y la particular versión de los hechos de la que está convencido. Dichas proposiciones son susceptibles de ser calificadas como verdaderas o falsas en función de su objetividad; o sea, en función de la posibilidad de llegar o no a un acuerdo intersubjetivo respecto de ellas. Esta afirmación ya se ha explicado suficientemente en el apartado anterior, por lo que en este punto no se hace necesario volver sobre ello.



## 2. La prueba indiciaria

### 2.1. ¿Qué es un indicio?

La RAE define indicio como un "fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido" y "cantidad pequeñísima de algo, que no acaba de manifestarse como mensurable o significativo" (RAE, 2021). En materia jurídico penal, el indicio puede ser definido como un constructo racional que resulta de un complejo proceso mental de deducción: un hecho desconocido se infiere de otro hecho conocido, mediante un proceso mental de inferencia lógica basado en las reglas de la causalidad. En términos de Mittermaier (1979, Pág. 439):

*"Un indicio es un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho, que un juez llega del uno al otro por medio de una conclusión muy natural. Por eso son menester en la causa: el uno comprobado, el otro no manifiesto aún y que se trata de demostrar el raciocinio del hecho conocido al desconocido. Aplicado el indicio al proceso criminal, es el hecho o circunstancia accesoria que se refieren al crimen principal, y que por lo mismo da motivo para concluir, ya que se ha*

*cometido el crimen, ya que ha tomado parte en él un individuo determinado, ya, por fin, que existe un crimen y que ha sido de tal o cual modo consumado. En una palabra: los indicios versan sobre el hecho, o sobre su agente criminal, o sobre la manera como se realizó. Atendida su naturaleza, y según su nombre mismo lo expresa (*index*), el indicio es, por decirlo así, el dedo que señala un objeto que contiene en sí mismo un hecho diferente, si es aislado; pero que al momento adquiere gran importancia cuando el juez ve que tiene conexión con otro. Este a su vez, así descubierto, llama durante el curso de la información la atención de la justicia sobre tal individuo, que, sin tal coincidencia, pasaría inadvertido, o también en el momento de la sentencia definitiva es pesado en la balanza de la razón y contribuye a afirmar poderosamente las probabilidades de la acusación. En tales momentos el juez tiene por guía las leyes naturales manifestadas y garantizadas por la experiencia y el buen sentido".*

Siguiendo la misma lógica, Cabanellas (1994, Pág. 501) describe la prueba indiciaria como:

*"la resultante de indicios, conjeturas, señales o presunciones más o menos vehementes y decisivas, aceptadas por el Juez como conclusión del orden lógico y por derivación o concatenación de los hechos. Es peculiar del procedimiento criminal, donde el culpable procura borrar todas las pruebas delictivas o desfigurarlas de modo tal, que la convicción plena o evidencialmente de los hechos resulte prácticamente inlograble".*

Nótese entonces que el indicio no es un objeto, no es un elemento, ni tampoco una actividad. El indicio no es algo que se pueda ver o tocar. El inicio no es la "*pista*" que encuentra el sabueso para seguir a su presa. Tampoco es la evidencia que señala al delincuente. El indicio es en esencia un tipo de razonamiento judicial. Una forma de pensar y argumentar siguiendo la lógica de la deducción, aplicada al proceso penal. Como lo expresa Falcón (1990, Pág. 601), el indicio es "*un método científico que tiene como objeto formar, por su intermedio, certeza en el magistrado, respecto de los hechos, para poder decidir las causas*".

Por estas razones, el indicio no se encuentra. El indicio no se descubre. El indicio se construye y se presenta. En su aspecto exterior, el indicio es una secuencia lógica de proposiciones que conectan premisas sobre hechos conocidos y probados, con conclusiones sobre hechos desconocidos que son materia de discusión. Los hechos conocidos y probados son en realidad proposiciones que describen una versión objetiva de ciertos hechos. Se trata entonces de una cadena de proposiciones objetivas con las que se expone una versión particular de los hechos; o sea, proposiciones respecto de las cuales es relativamente fácil alcanzar un acuerdo intersubjetivo y que exponen una particular versión de ciertos hechos relevantes para el proceso penal. Los hechos desconocidos son también proposiciones, pero respecto de las cuales no es igualmente sencillo alcanzar un acuerdo intersubjetivo, salvo porque tienen una conexión lógica, estrecha y necesaria con los hechos conocidos. De tal suerte que la relación causal entre los hechos conocidos y los desconocidos es tan estrecha, que una vez alcanzado el acuerdo intersubjetivo frente a los primeros no hay más alternativa lógica que acordar también frente a los segundos.

Es por lo anterior por lo que Devis Echandía (1982, Pág. 489) sostiene que "*se entiende por indicio cualquier hecho conocido (o una circunstancia de hecho conocida), del cual se infiere por sí solo o conjuntamente con otros la existencia de otro hecho desconocido, mediante una operación lógica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos especiales*".

La prueba indiciaria en la doctrina se ha clasificado como indirecta, cuyo origen es un dato comprado, y se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia concreta (Pérez, 2007, Pág. 12). En cuanto a su clasificación como prueba indirecta, el indicio se contrae a una deducción que permite llegar de manera indirecta a un hecho desconocido, a través de un hecho probado, caminando por la senda de la lógica formal. Incluso, algunos doctrinantes han propuesto al indicio como una inferencia lógica. Es decir, que se entiende el indicio como la sola actividad cognitiva del funcionario judicial para obtener la verdad.

En definitiva, en el derecho probatorio el indicio es una forma de llevar la verdad ante los funcionarios judiciales. La doctrina converge en que el indicio es el resultado de un proceso lógico-racional, que permite conocer un hecho mediante la deducción a partir de otro. Como lo sostiene Yesid Reyes Alvarado (1984, Pág. 13), el indicio "*es un juicio lógico crítico por medio del cual, aplicando una regla de experiencia a un hecho conocido, podemos inferir otro hasta entonces desconocido*".

La prueba indiciaria ha obtenido una considerable importancia en el proceso penal, debido a la naturaleza del acontecimiento de los hechos, como lo indica Araya (s.f.): "*ante un proceso penal en la mayoría de los casos es necesario descubrir la verdad procesal a través de procesos de inferencia en la valoración de indicios; es decir, ponderando la prueba indiciaria*".

Por supuesto, es importante precisar que la sentencia nunca puede estar fundada en un solo indicio. Ella debe estar basada en un conjunto coherente de varios indicios, cada uno de los cuales debe llevar a concluir, mediante un ejercicio lógico racional, que el procesado es autor o participe del hecho punible. Sobre este particular, Gianturco Vito (1975, Pág. 118) explica que "*varios indicios verosímiles, en su concurso, pueden constituir una prueba acumulativa probable y varios indicios probables pueden al concurrir conjuntamente, complementarse el uno con el otro y reforzar tanto su eficiencia probatoria, de conducir a la presunción racional y a la certeza*".

## 2.2. La validez legal del indicio

Distintas legislaciones procesales en el mundo clasifican el indicio como medio de prueba. Este no es el caso de la República de Ecuador, pues el artículo 498 del COIP solo menciona como medios de prueba el testimonio, el documento y la pericia. Dada esta omisión, surge la pregunta de si los indicios tienen validez como medio de prueba dentro del sistema de enjuiciamiento criminal ecuatoriano.

En respuesta a este interrogante es importante mencionar que, en diversas normas del COIP, el legislador se refiere el indicio. Sin embargo, es necesario precisar que el legislador ecuatoriano utiliza el término *indicio en dos sentidos*:

a) En algunas normas, como el numeral 12 del artículo 444, el legislador utiliza la expresión indicios para referirse a lo que en la literatura especializada y otras legislaciones llaman evidencias físicas o elementos materiales de prueba. Es decir, a aquellos objetos u elementos físicos encontrados en la escena de los hechos, que contienen información sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió el delito. Es por eso por lo que esa norma dice textualmente, que el Fiscal tiene la facultad de "*ordenar el peritaje integral de todos los indicios que hayan sido levantados en la escena del hecho, garantizando la preservación y correcto manejo de las evidencias*".

En ese mismo sentido se utiliza la palabra indicio en el artículo 458 del COIP, que regula lo concerniente a la preservación de la escena de los hechos, y dispone que los servidores públicos y los particulares que tienen relación con ella están obligados a preservar los "*indicios*" encontrados.

b) En otras normas, el legislador utiliza la palabra *indicio* para referirse a un requisito probatorio de ciertas decisiones judiciales. Tal es el caso de la referencia al indicio que hace el numeral 3 del artículo 534 del COIP, relativo a la prisión preventiva, donde se precisa que uno de los requisitos de procedibilidad de este tipo de medidas de aseguramiento es la existencia de "*indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es*

*necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena*". Otras normas del COIP, como los artículos 476 o 478, también exigen la presencia de indicios para autorizar ciertas actuaciones procesales que pueden llegar a restringir derechos fundamentales, como por ejemplo el allanamiento o la interceptación de comunicaciones.

En general, puede apreciarse que aun cuando el artículo 498 del COIP no incluye expresamente el indicio como un medio de prueba, otras normas de ese mismo estatuto procesal lo refieren expresamente como requisito probatorio para la procedibilidad de ciertas decisiones judiciales. Decisiones que en algunos casos son decisivas en el curso de la persecución penal, como lo es la privación de la libertad o ciertos actos de investigación.

De cara a lo anterior resulta concluyente afirmar, que el régimen procesal penal del Ecuador sí reconoce validez y valor probatorio al indicio, aunque no lo califica expresamente como un medio de prueba.

En relación con lo anterior, la redacción del COIP sugiere que el legislador ecuatoriano optó por la tesis de un sector importante de la doctrina, que no ve en el indicio un medio de prueba sino una forma de prueba. Esto es, **un tipo particular de juicio lógico racional que aplica el operador judicial para formarse una opinión, alcanzar una conclusión o llegar a un convencimiento, sobre los hechos materia de juzgamiento.**

De esa misma opinión son autores de la talla de Julio Maier (2011, Pág. 179), quien explica que "*el indicio no es más que una conjetura, una inferencia: de un hecho que se conoce, pero que no constituye el objeto de prueba, se infiere otro mediante una operación mental silogística o próxima a ello que permite afirmarlo al menos de modo probable. Los indicios no son medios de pruebas, si no, tan solo, una aplicación del razonamiento humano inductivo-deductivo que, a partir de un hecho considerado como cierto, arriba a una segunda afirmación a través de una regla de cualquier tipo (científica, técnica, artística o de la experiencia).*

En esa misma vertiente dogmática se encuentra también Adolfo Schonke (1950), quien sostiene que el "Objeto de prueba pueden ser también 'indicios', esto es, hechos de los cuales se deduzcan los que inmediatamente interesen. Los indicios son objeto de prueba, no medio de prueba. Es importante resaltar siempre probar indicios en lugar de los hechos que inmediatamente interesen, según el Tribunal Supremo".

Otro autor de esa misma corriente son Alvarado & Águila (2011) quienes define el indicio de la siguiente manera:

*"Denominase indicio a un hecho conocido (el indicario o el indicador) a partir del cual se razona por inducción, deducción o abducción crítica- la existencia de un hecho desconocido (el indicado). Constituye, por ende, un medio de confirmación indirecto que le permite al juez obtener el resultado de una presunción que, a su turno, es el juicio lógico que permite al juzgador tener como cierto o probable un hecho incierto después de razonar a partir de otro hecho cierto".*

Y finalmente, se encuentra Rubén Chaia (2013, Pág. 650), quien explica la naturaleza del indicio de la siguiente forma:

*"Un indicio es un hecho cierto que en relación íntima con otro hecho al que el juez llega por medio de una conclusión natural o inferencia, de allí que se lo considere una prueba crítica, circunstancia o indirecta distinta de las pruebas histórica, personal y directa. El indicio es vital a la hora de tomar una decisión, pues apuntala el pensamiento del juzgador, le indica el camino a seguir; indicere. Los indicios no surgen de medios de pruebas distintos a los conocidos, sino que provienen de ellos, de cualquier elemento de prueba que apunte, describa o ayude a descubrir el hecho investigado. Así, el indicio se forma a partir de todo elemento probatorio que cumpla la función de indicar el camino, de alumbrar la oscuridad de un hecho, de darle luz al saber judicial. De este modo, puede resultar de una pericia, de un rastro de sangre, de un testimonio, de una prueba de ADN".*

En conclusión, la legislación procesal penal está adscrita a la tesis de que el indicio no es propiamente un medio de prueba. O sea, no es un elemento o actividad aportado al proceso para formar el convencimiento del juez, como lo puede llegar a ser un testimonio, un documento o un vestigio del delito. En su lugar, el indicio es concebido como un tipo particular de razonamiento lógico, a través del cual el juez forma en su mente el convencimiento necesario para tomar y sustentar una decisión. En ese sentido, el indicio es entendido más bien como una forma de prueba; como un tipo de argumento o razón, que sostiene la decisión a la que llega el juez después de un ejercicio deductivo que parte de hecho conocidos y llega a otros desconocidos de forma lógica, basados en premisas de experiencia y causalidad.

Esta tesis es coherente no solo con la regulación procesal penal de la República del Ecuador, sino también con la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicha Corte ha sostenido desde hace años una larga y consistente jurisprudencia, en la cual ha explicado que los jueces *"en ejercicio de su función jurisdiccional, tratándose de la obtención y la valoración de las pruebas necesarias para la decisión de los casos que conoce puede, en determinadas circunstancias, utilizar tanto las pruebas circunstanciales como los indicios o las presunciones como base de sus pronunciamientos, cuando de aquéllas puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos"* (Robles et. al., 2020, Pág. 148).



### 3. Elementos del indicio

La doctrina dominante en materia de prueba indiciaria sostiene, de forma pacífica, que todo indicio consta de tres elementos: hecho indicador, hecho indicado y nexo de causalidad entre ellos.

#### 3.1. El hecho indicador

El *hecho indicador* es el punto de partida de la deducción que se requiere para la construcción del indicio. Reyes Alvarado (1984, Pág. 42) lo define como: "El hecho o fenómeno que se encuentra probado dentro del proceso judicial o dentro de la etapa investigativa previa; constituye la base fáctica del indicio con la que cuenta el abogado para empezar a elaborar la prueba indiciaria."

Este hecho, por sí solo, no aporta conocimiento relevante o conducente al objeto del litigio o investigación, pero es la base sólida, el cimiento que sostiene el indicio. El indicio es un edificio que, como tal, debe levantarse sobre una estructura dura, fija, inamovible. La base sobre la cual se yergue el indicio es aquello que puede considerarse indiscutible, incuestionable, incontrovertible dentro del proceso penal.

En efecto, dentro de todo proceso penal hay ciertos datos o información respecto de los cuales existe acuerdo entre las partes. Esos datos o información permiten afirmar cierta

versión de los hechos, en la que todos los sujetos procesales estarían de acuerdo en convenir. Se trata de versiones de los hechos que bien podrían calificarse de *objetivas*, porque respecto de ellas es relativamente fácil alcanzar un acuerdo intersubjetivo.

El llamado hecho indicador es en esencia una versión de ciertos hechos que todos los sujetos procesales comparten, o que por lo menos ninguno de ellos ha falseado. Esta versión de los hechos debe estar sustentada en argumentos que se refieran a datos o información extraída de medios de prueba legal y oportunamente allegado al proceso. Luego no es cualquier versión de los hechos que las partes convengan admitir, sino solo aquella que, además de ser admitida por todos, tenga apoyo en argumentos o razones plausibles, basadas en datos o información extraída de los medios de prueba que reposan en el proceso.

El indicio debe estar construido sobre hechos probados y no sobre presunciones, sospechas o intuiciones. La existencia de una cadena de inferencias debilita la validez lógica del indicio, y erosiona su valor probatorio. Canto más lejos esté la conclusión de los hechos probados, y cuantas más inferencias haya entre la conclusión y los hechos probados, menos será la credibilidad del indicio. Sobre este particular, Zavala Baquerizo (2004) explica que *"la falta de relación del hecho con el objeto del proceso no le permite al primero constituirse en indicio desde el punto de vista de procesal, la relación no puede ser hipotética, incierta, imaginaria, arbitraria, como tampoco puede ser consecuencia de la causalidad"*.

De esta manera, la estructura conceptual que explica el hecho indicador es la siguiente:



Esta tesis sobre el hecho indicador está apoyada en una amplia literatura procedente. Por ejemplo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Costa Rica define el hecho indicador como *"el hecho, la cosa, circunstancia, la huella, rastro, el fenómeno, en síntesis, la base fáctica, a partir de la cual puede comenzar a elaborarse toda la construcción compleja de la prueba indiciaria"* (Cortés, 2010).

En ese mismo sentido, Acuña (2017, Pág. 16) apunta que el hecho indicador:

*"Puede ser un hecho probado o acreditado a través de los medios de pruebas típicos regulados por la ley, ello no excluye la hipótesis de cualquier otro dato o información que no tenga esa calidad, que hubiere ingresado al proceso, u otros datos externos al proceso, como son los hechos notorios que supone un hecho conocido por todos, sin necesidad de probar. En tal sentido, cualquier hecho, circunstancia, dato o información que ingresa al proceso, genera naturalmente reflejos o destellos indiciarios en direcciones opuestas o similares, es decir en sentido positivo o negativo,*

*respecto a distintos hechos, vinculados o no al proceso. El análisis del dato inicial tiene un primario y preciso objetivo, la vinculación, enlace o inferencia con relación al extremo fáctico a conocer, cual si fuera el hilo conductor o punta de madeja".*

### 3.2. El hecho indicado

El hecho indicado es un hecho desconocido, al cual se llega como resultado de un razonamiento lógico de tipo deductivo sobre el hecho indicador. Reyes Alvarado (1984, Pág. 51) lo define como *"La conclusión extraída como consecuencia de la deducción hecha a partir de una regla de experiencia y un hecho indicador. Es, recordando la estructura silogística del indicio, la conclusión propia de esta figura lógica."* En idéntico sentido, Acuña (2017, Pág. 17) explica que el hecho indicado es:

*"El hecho incierto a conocer, constituye el objetivo o el puerto final de la construcción mental crítica del juzgador, quien luego de integrar los hechos o datos indiciarios, establece el vínculo o conexión con el hecho a conocer o indicado, afirmando su existencia y agotando el circuito de la construcción indiciaria."*

El hecho indicador, como se ha explicado, se materializa en un conjunto de proposiciones que explican una determinada versión de ciertos hechos, respecto de los cuales es relativamente fácil alcanzar un acuerdo intersubjetivo entre las partes. Dichas proposiciones pueden ser objeto de un complejo proceso mental de análisis, dirigido a extraer de ellas, por vía de deducción o inferencia, conclusiones sobre otros hechos que están en duda, que son cuestionables, que son materia de discusión al interior del proceso. Estos hechos desconocidos, que son materia de debate, y a los que solo se llega por vía de deducción lógica, es a lo que se denomina hecho indicado.

El hecho indicado, al igual que el hecho indicador, está materializado en un conjunto de proposiciones del lenguaje, que describen una particular versión de ciertos hechos desconocidos hasta el momento. A esa particular versión de esos hechos se llega como consecuencia de analizar deductivamente el hecho indicador – o más exactamente, la versión de los hechos que es admitida intersubjetivamente por los sujetos procesales. El hecho indicado es un constructo; un producto del intelecto de quien analiza el hecho indicador. Es esa persona la que elabora su propia versión de los hechos desconocidos, después de analizar la información y los datos en que se sustentan los hechos conocidos.

### 3.3. El nexo de causalidad

Entre el hecho indicador y el hecho indicado debe existir una relación de causalidad. El nexo de causalidad es el eslabón que une el hecho indicador y el hecho indicado, de tal forma que éste no puede existir sin aquél: el hecho indicado solo existe en la medida que tiene un nexo de causalidad con el hecho indicador, al punto que, desapareciendo el nexo de causalidad, debe desaparecer también el hecho indicado. Acuña (2017, Pág. 17) lo explica de la siguiente manera:

*"El enlace o inferencia: Se trata de una construcción mental o razonamiento crítico, mediante el cual se procede al enlace o inferencia con el hecho a conocer, a los fines de precisar su existencia. Dicho enlace o conexión, como conjetura crítica, se traduce en la integración de las partículas indiciarias, que son fragmentarias, incompletas e insuficientes, como lo señala Falcón, para conformar un conjunto en relación con el todo uniforme y en la misma dirección que permita la conexión o vinculación con el hecho a conocer, teniendo como base las reglas de la experiencia, conocimientos técnicos, o científicos".*

Por su parte, Tinceno (2011, Pág. 459) explica el nexo o vínculo de causalidad de la siguiente manera: "vínculo, relación o unión que se desprende entre una cosa u otra, mientras que causal refiere la causa, que significa lo relativo a ella con lo que se relaciona".

En igual sentido, Cafferata (1986, Pág. 107) explica que:

*"según su nombre mismo lo expresa (índex), el indicio es el dedo que señala un objeto. Su fuerza probatoria reside en el grado de necesidad de la relación que revela entre un hecho conocido (el indiciario), psíquico o físico, debidamente acreditado, y otro desconocido (el indicado), cuya existencia se pretende demostrar. Para que la relación entre ambos sea necesaria, será preciso que el hecho indiciario no pueda ser relacionado con otro hecho que no sea el indicado, es lo que se llama <<univocidad>> del indicio. Dicho lo anterior si el hecho indiciario admite una explicación compatible con otro distinto del indicado o al menos no óbice para ella, la relación entre ambos será contingente: es lo que se llama indicio anfibológico, y se expresa en el entender del autor cuáles son las consecuencias de un indicio anfibológico, es decir, del que pueden inferirse diversas conclusiones, puesto que el*

*valor probatorio del indicio es más experimental que lógico, solo el unívoco podrá producir certeza, en tanto que el anfibológico tornará meramente verosímil o probable el hecho indicado. En consecuencia la sentencia condenatoria podrá ser fundada sólo en aquél, el otro permitirá a lo sumo basar en él un auto de procesamiento o la elevación de la causa a juicio".*

El nexo causal es de la esencia misma del indicio. Y su importancia es tal, que determina la existencia misma del indicio. Así, solo puede hablarse de indicio cuando el nexo de causalidad cumple dos condiciones: debe ser lógico y necesario.

Que el nexo de causalidad sea lógico significa, que es producto de un proceso mental que cumple los presupuestos de la lógica formal. El análisis deductivo del hecho indicador recae concretamente sobre un conjunto de proposiciones que lo explican, las cuales sirven a su vez como premisas (premisa mayor y premisas menores) de las cuales se infiere el hecho indicado a título de conclusión. Es decir, el operador judicial construye una narrativa en la que utiliza proposiciones del lenguaje para describir la versión de los hechos que es susceptible de un acuerdo intersubjetivo por las partes (hecho indicador). Luego, descompone esa narrativa en sus proposiciones fundamentales (análisis), y toma éstas como premisas para la realización de un ejercicio mental de inferencia (deducción). Este proceso de inferencia (deducción) debe respetar por completos las reglas de la lógica formal, cuidando de no incurrir en falacias. En ese sentido, el nexo de causalidad debe ser lógico.

Es por lo anterior que algunos autores, como es el caso de autor Rojas Bustamante (2018, Pág. 47), sostiene que en la esencia del indicio se encuentran dos elementos imprescindibles: *"i) Racionalidad de la inferencia; y, ii) que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia; todo ello en aras de afirmar un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano"*.

Ahora bien, el análisis deductivo de las premisas extraídas de las proposiciones del lenguaje con las que se describe el hecho indicador debe conducir, de forma inexorable, a encontrar el hecho indicado. Esto implica que además de ser lógico, el nexo de causalidad debe ser necesario. La necesidad del vínculo de causalidad hace referencia, a que el análisis deductivo de las proposiciones con que se describe el hecho indicador debe conducir, **necesariamente**, al hecho indicado. Dicho en otras palabras, del hecho indicador lo único que se puede inferir lógicamente es el hecho indicado, pues la relación entre los dos es de naturaleza causal. De tal suerte que la presencia del uno indica obligatoriamente la del otro.

Cuando el vínculo que existe entre el hecho indicador y el hecho indicado es lógico, pero no necesario, la fortaleza del razonamiento se debilita y deja de ser un indicio para convertirse en algo menos contundente, y con precario valor probatorio, como la sospecha, la suspicacia o la intuición. Lo que le da el carácter probatorio al indicio, lo que le da su fuerza de convicción, su aptitud para influir en el convencimiento del operador judicial y para sustentar las decisiones judiciales, es precisamente la *necesidad*. O sea, el inexorable hallazgo del hecho indicado, al analizar el hecho indicador.

La necesidad o “necesidad”, como elemento de la esencia del indicio, ha sido explicado desde los tiempos de Roma a través del símil del humo y el fuego: cuando se ve humo que sale de atrás de la colina (hecho indicador) lo único que se puede concluir es que hay fuego (hecho indicado), pues el humo es una consecuencia necesaria del fuego (nexo de causalidad). El humo como hecho conocido, y el fuego como hecho desconocido, tienen una vinculación que es lógica, necesaria y de naturaleza causal. Apelando a la lógica, el observador no necesita ver detrás de la colina para saber que hay fuego, ya que para su convencimiento sobre ese hecho le basta constatar con sus sentidos la existencia del humo, e inferior aquél a partir de la existencia de éste. Esa es la racionalidad que subyace al indicio, y he allí su esencia misma.



## 4. El indicio frente a otros conceptos similares

### 4.1. Diferencia entre el indicio y la presunción

La palabra presunción etimológicamente se deriva del verbo latino compuesto *praesumere* que significa prever, presentir, conjeturar. Como señala Pérez Medina (2007, Pág. 25): *"En relación con el conocimiento, quien presume es quien toma anticipadamente como sabido aquello que desconoce. También se afirma que la palabra presunción se deduce de los términos 'prae' y 'mumere', dando a entender que la presunción equivale a 'prejuicio sin prueba'. En este sentido, se puede decir que presumir equivale a admitir como cierto algo que no está probado; o sea, a priori"*.

La teoría clásica del derecho distingue dos tipos de presunción: la presunción *iure et iure* o presunción de derecho, la cual se caracteriza porque no admite la posibilidad de una prueba en contrario; y la presunción *iure et tantum* o presunción de hecho, la cual si admite prueba de contrario.

En su estructura epistemológica, el indicio y la presunción son similares: ambos corresponden al mismo tipo de razonamiento, consistente en inferir un hecho conocido a partir de otro desconocido, a través de un proceso

deductivo lógico racional que permite identificar un nexo de causalidad entre los dos. La diferencia entre ellos no está entonces en su estructura epistemológica, sino en su fuente de origen: cuando el razonamiento lo hace el legislador y lo consagra en la ley se denomina presunción; en cambio, cuando el razonamiento lo hace el operador judicial en el proceso se denomina indicio. Así lo entienden autores de la talla de Julio Maier (1989, Pág. 9), quien sostiene:

*"La llamada presunción – hipótesis que en ocasiones es utilizada como sinónimo de indicio – si la palabra se utiliza con propiedad, es un indicio legal; conforme a una regla jurídica, de un hecho se infiere otro como cierto. Algunos creen que el indicio en determinadas condiciones engendra la presunción que se trata de conceptos vinculados entre sí por una relación causal, en definitiva, que la presunción es la conclusión del indicio. Otra parte de la doctrina establece que el indicio es la causa y la presunción es el efecto de esta prueba: la presunción revela una idéntica operación lógica que la explicada para el indicio, sólo que, en ella, la regla según la cual arribamos a determinada conclusión está representada por una norma jurídica, con pretensión de ser aplicada como obligatoria".*

En este mismo sentido lo explica Valenzuela (2013, Pág. 14), al definir el indicio de la siguiente manera:

*"Razonamiento a partir del cual, partiendo de un hecho que está probado resulta la existencia de otro hecho supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se solicita, cuando existe un nexo lógico entre ambos. Cuando este nexo lógico es efectuado directamente por el legislador, se habla de presunciones legales, mientras que cuando es formulado por el juez se habla de presunciones judiciales".*

Por su parte, Rodríguez (2011, Pág. 273) lo explica de la siguiente forma:

*"La presunción es el mecanismo, con estructura silogística por el que se suponen hechos o actos de la vida, basado en el ordinario, lo común y de interés en concretas circunstancias de tiempo y espacio. Es producto de la actividad mental del hombre que validó de una metodología lógico-racional, lanza juicios, conceptos genéricos que la experiencia indica, la mayoría de las veces, como acertados. De modo que la presunción resulta de lo que ocurre como una hipótesis, esto es, existen hechos semejantes determinados y ante circunstancias similares se da efectos parecidos. Cuando se lanza un juicio, concepto, conjectura u opinión, previa actividad mental se ha buscado un hecho desconocido, partiendo de uno conocido, total o parcialmente, llevado por el principio de identidad. Se le toma como suposición, además considerar que una cosa es verdadera, excepto prueba en contrario; o, aceptar una tesis sin controversia ni impugnación basada en una información lógica".*

Sin perjuicio de lo anterior, un sector de la doctrina ha diferenciado las presunciones legales de las judiciales, estableciendo además una distinción entre éstas y el indicio. Este sector de la doctrina considera que el indicio es el juicio lógico que realiza el operador judicial, y la presunción es la conclusión que resulta del proceso mental realizado en la forma de indicio. En este sector de la doctrina se encuentra por ejemplo Devis Echandía (2002, Pág. 72), quien explica la diferencia entre el indicio y presunción judicial (no la presunción legal) de la siguiente manera:

*"El indicio es el hecho conocido, del cual se obtiene, mediante una operación lógica-crítica, un argumento probatorio que permite inducir de aquél, otro hecho desconocido, la presunción judicial o de hombre es un principio lógico, basado en las máximas generales de la experiencia o en conocimiento especializados (que suministran los peritos) que le sirve al juez para determinar el valor probatorio del indicio o de otra prueba cualquiera. El indicio es la prueba y la presunción judicial es la consecuencia de la regla de experiencia o técnica que permite valorarla y que no es prueba, ni objeto de prueba".*

En lo que hace a la legislación ecuatoriana, la lectura del artículo 455 del COIP deja ver con toda claridad, que el legislador se decantó por esta tesis. Esta norma se titula Nexo de causalidad, y dispone que *"La prueba y los elementos de prueba deberán tener un nexo causal entre la infracción y la persona procesada, el fundamento tendrá que basarse en hechos reales introducidos o que puedan ser introducidos a través de un medio de prueba y nunca, en presunciones"*.

En relación con el alcance de esta norma, nótese ella hace referencia a las presunciones judiciales y no a las presunciones legales. O sea, a las presunciones que tienen origen en el operador judicial, y no a las que tienen su fuente en la ley. Justo como lo explica Devis Echandía (2002, Pág. 72) en el aparte citado de su obra.

Adicionalmente, obsérvese que la norma da por supuesto que la presunción (judicial) no es prueba. Ello implica que el legislador ecuatoriano parte de la misma tesis de Devis Echandía, cuando aclara que (2002, Pág. 72) *"el indicio es la prueba y la presunción judicial es la consecuencia de la regla de experiencia o técnica que permite valorarla y que no es prueba, ni objeto de prueba"*.

## 4.2. Diferencia entre el indicio y la sospecha

La sospecha etimológicamente proviene del latín “suspectare”, que significa mirar de abajo hacia arriba o, lo que es igual, mirar con recelo. La RAE (2021) define la sospecha como “*imaginar algo por conjeturas fundadas en apariencias o indicios*”. La sospecha es la creencia de la existencia de un hecho, circunstancia o cosa, pero sin tener certeza ni seguridad de convencimiento, sino por motivos eminentemente subjetivos que en muchos casos son inconscientes.

La sospecha es lo que se encuentra al inicio de la investigación, y surge como producto de la experiencia, el olfato, la intuición del investigador. También puede surgir como resultado de la apariencia de las cosas, tal como lo explica Pérez Medina (2007, Pág. 31) al decir que una sospecha “*se trata de una posesión subjetiva, surgida de una fuente no conocida o que todavía no es el ser humano capaz de identificar. Esta afectación de la subjetividad puede servir para investigar, pero de ninguna manera se trata de un hecho y por tanto sobre él no se puede edificar ni por lumbre una providencia*”.

Otros autores como Dellepiane (2011, Pág. 67) afirman que “*la sospecha es un juicio ligero, una inferencia que abre camino a la duda, como basada en un indicio (lato sensu) que requiere verificarse*”.

La sospecha se origina en escasos elementos probatorios existentes en el proceso. Actos iniciales que generalmente, con cierta entidad objetiva y algún peso de seriedad, resultan suficientes para alcanzar una mínima probabilidad (Acuña, 2017, Pág. 29). Cómo indica el tratadista Enrique Palacio (2000, Pág. 14), “*en la convicción judicial hay lo que se denomina mínima probabilidad positiva derivada de la existencia de motivos bastantes para sospechar*”.



## 5. Aplicación práctica del indicio

### 5.1. El indicio y las hipótesis orientadoras del plan de investigación

La investigación criminal moderna ha superado la idea de que el éxito depende de las cualidades individuales del investigador, para adoptar un modelo basado en la aplicación de la metodología de la investigación científica a la investigación del delito, con lo cual el éxito de la persecución penal pasó a convertirse en cuestión de método. En la metodología de investigación criminal moderno juega un papel fundamental el plan de investigación o programa de investigación, que es la herramienta de gerencia de la investigación criminal en la que se recogen, organizan y controlan los actos de investigación que llevarán a cabo.

*"El Plan Estratégico de Investigación es una herramienta de planeación, dirección y control de la investigación, elaborado con objetivos claros, concretos, medibles, verificables y posibles de lograr por los fiscales, investigadores y técnicos, conforme a los recursos disponibles, en relación con la conducta punible objeto de investigación, que permite: 1. Obtener los medios probatorios que acrediten los elementos estructurales del delito y la responsabilidad o inocencia del procesado. 2. Resolver interrogantes sobre lo que se quiere lograr (objetivos), cómo se puede lograr (medios), y con qué se cuenta para lograrlo (recursos). y 3. Evitar las actividades investigativas no pertinentes, inconducentes e inútiles" (FGR, 2009, Pág. 37).*

La planeación de la investigación requiere que, de manera previa, el investigador defina sus hipótesis de investigación. Dichas hipótesis son relatos que narran de forma detalladas las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que el investigador sospecha, supone, cree o piensa que posiblemente pudo ocurrir el hecho punible. Esas hipótesis orientan al investigador en la labor de definir los actos de investigación de campo o de investigación de laboratorio que es necesario ejecutar, para esclarecer los hechos objeto de investigación.

Las hipótesis tienen una estrecha relación con los indicios. La formulación de las hipótesis de investigación requiere que el investigador haga un inventario de la información de que dispone, para identificar de qué información dispone y qué información le hace falta. De esa forma, el investigador parte de la información de que dispone, para establecer los hechos que ya tiene confirmados; o sea, parte de aquellos hechos de los que ya tiene certeza, porque tienen respaldo en las evidencias o en la información legalmente obtenida de que dispone. La hipótesis desafía al investigador a imaginar o suponer cómo ocurrieron los hechos, a partir de la información confiable de que dispone y de las certezas que tiene, y a preguntarse qué información le hace falta para verificar si sus creencias o suposiciones son ciertas.

El investigador no debe elaborar su plan de investigación a partir de una única hipótesis. Él debe esforzarse por formular varias hipótesis, y por hacer un plan de investigación que incluya actividades de investigación para todas ellas, de manera que al final pueda evaluar y determinar qué hipótesis fueron descartadas por la nueva información recolectada. El perfeccionamiento de la investigación debe llevar al investigador a la confirmación de una, y solo una hipótesis de investigación. Esa hipótesis confirmada debe ser llenada de contenido jurídico, para convertirla en la teoría del caso.

En el proceso de formulación de las hipótesis, los indicios son sumamente importantes. La construcción de indicios a partir de los hechos conocidos desde las etapas más tempranas del procedimiento ayuda a ganar eficiencia en la investigación criminal. Cuando el investigador logra construir indicios que sirvan de base a sus hipótesis, la investigación puede avanzar con mayor rapidez porque pueden evitarse actos de investigación innecesarios.

*"Desde el punto de vista de la criminalística, se entiende por indicio todo objeto, elemento, marca, rastro, señal o vestigio que se usa y se produce respectivamente en la comisión de un hecho delictivo. Su estudio ayuda a establecer la identidad del causante o la víctima de un hecho, a establecer la correlación entre estos y las circunstancias en que se efectuó el delito"* (García, 2014).

## 5.2. El indicio en las investigaciones contra el crimen organizado

La persecución de los delitos cometidos a través de estructuras organizadas en forma de empresa, conocidas en la literatura como crimen organizado, plantea diversos desafíos. El más importante de ellos es la necesidad de aplicar un enfoque de macro criminalidad, lo que supone un cambio de perspectiva y de objetivos en la investigación criminal.

La persecución penal de los delitos comunes cometidos en la modalidad de coparticipación tradicional requiere, que las autoridades diseñen una investigación criminal enfocada en el hecho delictivo. El diseño de investigaciones criminales enfocadas en el hecho delictivo se caracteriza, porque la planeación se centra en ejecutar actos de investigación dirigidos a obtener evidencia que permita esclarecer cómo fue que ocurrió el delito materia de indagación. La perspectiva de estas investigaciones es de *micro criminalidad*, porque el alcance de su rango de observación se contrae a las conductas específicamente cometidas por los sujetos presuntamente responsables, en un específico momento y lugar – o en varios momentos y lugares específicos.

La persecución de los delitos cometidos a través de organizaciones criminales es más desafiante, debido a la concurrencia de diversas aportaciones de múltiples sujetos que interactúan en diferentes momentos y lugares, formando una compleja trama de interacciones (Chabat, 2010, Pág. 42). Además, esta red de interacciones no es accidental ni ocasional. Se trata de una red de interacciones colaborativas planeada y diseñada para la comisión sistemática y permanente, ya no sólo de un delito sino de varios delitos que conforman el portafolio criminal de la organización (Carnevali, 2010, Pág. 299). La persecución de los delitos cometidos por este tipo de estructuras demanda investigaciones criminales diseñadas con enfoque de *macro criminalidad*, lo que supone ampliar el rango de observación a los siguientes aspectos (Toro & Bustamante, 2020, Pág. 62):

- a) Se debe investigar la estructura organizacional de la organización criminal. Es decir, cómo están organizados y distribuidos los roles, funciones, responsabilidades y jerarquías en su interior.
- b) Se debe investigar la estructura funcional de la organización criminal. O sea, cómo se intercambia la información, cómo se ejecutan y cómo se coordinan las acciones y entregas de aportaciones, para el cumplimiento de su propósito delictivo.

En las investigaciones contra el crimen organizado, las autoridades normalmente utilizan técnicas especiales de investigación, como los agentes encubiertos, las entregas vigiladas, las vigilancias de personas o cosas y el reclutamiento de informantes. Ese tipo de técnicas les permiten adquirir información valiosa sobre la forma en que está organizada y cómo funciona la empresa criminal. Sin embargo, en la práctica, siempre hay muchos aspectos de la estructura y funcionamiento de la organización criminal que solo se llegan a conocer por medio de indicios.

Por ejemplo, es común que en algunos casos las autoridades no tengan evidencia ni testigos de la forma en que la organización criminal lava los dineros provenientes de sus actividades criminales. Las investigaciones permiten encontrar evidencia fragmentada y piezas parciales de información, que deben ser recolectadas, clasificadas y juntadas por las autoridades, como si se estuviera armando un rompecabezas (un puzzle). Dicho rompecabezas nunca tiene todas las piezas necesarias, para ver la foto completa. Siempre faltan algunas piezas, que difícilmente se van a encontrar. Sin embargo, las autoridades deben procesar a los delincuentes y lograr una condena penal en su contra. Para ello, las autoridades deben completar el rompecabezas, llenando los espacios de las piezas faltantes con indicios. De esta manera, aunque no tengan toda la evidencia ni toda la información que permita demostrar de manera directa el iter criminis del lavado del dinero, las autoridades si pueden construir los indicios que le permiten demostrar de forma indirecta la totalidad del proceso criminal.

## Referencias

- Acuña, R. P. (2017). Funcionamiento y eficacia probatoria de los indicios en el proceso penal acusatorio. *Ciencia Jurídica*, 5(10), 9-35.
- Alexy, R. (1989). Teoría de la Argumentación Jurídica. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Edt. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Alvarado Velloso, A., & Águila Grados, G. (2011). Lecciones de derecho procesal civil. Medellín: Librería Jurídica Dikaia.
- Araya Vega, A. (s.f.). La prueba indiciaria en el proceso penal. Recuperado en: <https://docplayer.es/81135879-La-prueba-indiciaria-en-el-proceso-penal-dr-alfredo-araya-vega-1.html>
- Aristegui, R. (2000). Examen del Constructivismo en Psicoterapia. La crítica del Cognitivismo Post racionalista a los Fundamentos de Correspondencia de la Psicoterapia Tradicional. Cinta de Moebio No. 7. marzo 2000. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de Chile. Recuperado en: <http://rehue.csociales.uchile.cl/publicaciones/moebio/07/frames07.htm>.
- Arzt, G.; Tiedemann, K.; & Roxin, C. (1989). Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal. Trad. Luís Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer. Edt. Ariel Derecho. Barcelona.
- Bettoli, G. (1977). Instituciones de Derecho Penal y Procesal. Trad. Faustino Gutiérrez-Alviz y Conrado. Edt. Bosch. Barcelona (Original de 1966).
- Binder, M. A. (2009). Introducción al derecho procesal penal. Buenos Aires: Ad-hoc.
- Cabanellas de Torres, G. (1994). Diccionario enciclopédico de derecho usual. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta. Vigésimo, 4, 506.
- Cafferata Nores, J. I. (1986). La prueba en el proceso penal. Ediciones Depalma.
- Cardenal Montraveta, S. (2001). Tipo penal en Beling y los neokantianos, El. Universitat de Barcelona.
- Carnelutti, F. (1946) Lecciones Sobre el Proceso Penal. Vol. I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Edt. El Foro. Buenos Aires 2002. Obra original de 1946.
- Carnevali Rodríguez, R. (2010). La criminalidad organizada: Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación. *Ius et Praxis*, 16(2), 273-330.
- Carrió, G. R. (1990). Notas sobre derecho y lenguaje.
- Chabat, J. (2010). El Estado y el crimen organizado transnacional: amenaza global, respuestas nacionales. *Istor: Revista de historia internacional*, 11(42), 3-14.
- Chiaia, R. A. (2013). La prueba en el proceso penal. Hammurabi.
- Cortés Coto, R. (2010). La prueba indiciaria. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*. Turrialba, (2), 271-292.

## Referencias

- De Miguel, J. R. (1998). Rorty y la teoría rawlsiana de la sociedad justa. *Enfoques*, 10(2), 56-61.
- Dellepiane, A. (2011). Nueva teoría general de la prueba. 10<sup>a</sup> Edición. Edt. Temis. Bogotá, Colombia.
- Devis Echandía, H. (1982) Compendio de derecho procesal. Tomo II. Séptima edición. Bogotá Editorial ABC.
- Devis Echandía, H. (2002). Hernando: Teoría general de la prueba judicial. Edt. Temis. Quinta edición.
- Dworkin, R. (1998). Cómo el Derecho se Parece a la Literatura. Trad. Cesar Rodriguez En: *La Decisión Judicial*. Edt. Siglo de Hombre – Universidad de los Andes. Bogotá.
- Ellero, P. (1979) De la Certidumbre en los Juicios Criminales o Tratado de la Prueba en Materia Penal. Trad. Adolfo Posada. Edt. Reus. Madrid.
- Eskridge, W. N. (1987). Dynamic statutory interpretation. *University of Pennsylvania Law Review*, 135(6), 1479-1555.
- Falcón, E. (1990). Tratado de la prueba. Tomo I. Editorial Astrea
- Fernando, T. (2001). Diccionario Conceptual de Derecho. Editorial Temis.
- Ferrajoli, L. (1995). Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Edt. Madrid Trotta. Madrid.
- Ferrer Beltrán, J. (2002). Prueba y Verdad en el Derecho. Edt. Marcial Pons. Barcelona.
- FGR - Fiscalía General de la Republica, Policía Nacional Civil. (2009). Plan Estratégico de Investigación. San salvador.
- Foucault, M. (1995). La Verdad y las Formas Jurídicas Trad. Enrique Lynch. Edt. Gedisa. Barcelona.
- Framarino dei Malatesta, N. (1964). Lógica de las pruebas en materia criminal.
- Frank, J. (1991). Derecho e Incertidumbre. Trad. Carlos M. Bidegain. [Título en Ingles: Short of sickness and death: a study of moral responsibility in Legal Criticism. Publicado en: *New York Law Review*, volumen 26 octubre de 1951, número 4, Págs. 545-633] Edt. Fontamara. México.
- García Góngora, J. M. (2014). El indicio y sus secretos. En: *Criminalística*. Universitat Oberta de Catalunya.
- Gascón Abellán, M. (2004). La prueba judicial: valoración racional y motivación. Carbonell, M., H. Fix-Fierro y R. Vázquez (Comp.), *Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos*, México: Porrúa.
- Gascón Abellán, M. (2004). Prueba Judicial: Valoración y Motivación. En: *Jueces y Derecho. Problemas Contemporáneos*. Compilación de Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro y Rodolfo Vázquez. Edt. Porrúa. México.
- Gianturco, V. (1975). Los indicios en el proceso penal. Traducción de Julio Romero Soto. Bogotá: Edit. Presencia.
- Gössel, K. H. (1991). La búsqueda de la verdad en el proceso penal: Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales. *Cuadernos de política criminal*, (45), 673-694.

## Referencias

- Guthrie, C; Rachlinski, J.; & Wistrich, A. (2002). Judging by Heuristic: Cognitive Illusions in Judicial Decision Making. En: *Judicature Journal*. Vol. 86 N° 1. July/August 2002.
- Hart, H. L. A. (1998). Proscriptum. Trad. Cesar Rodríguez En: *La Decisión Judicial*. Edt Siglo de Hombre – Universidad de los Andes. Bogotá D.C.
- Ibáñez, P. A. (2003). Sobre prueba y proceso penal.
- Kalpokas, D. E. (2004). ¿Puede el mundo desempeñar un papel epistémico en la justificación de la creencia? Davidson, Rorty y McDowell en debate. *Revista latinoamericana de filosofía*, 30(1), 37-64.
- Kant, I. (1978). *Critica a la Razón Pura*. Trad. Pedro Ribas. Edt. Alfaaguara. Madrid.
- Karczmarczyk, P. D. (2000). Lenguaje e Interpretación en Gadamer. En: *Revista Latinoamericana de Filosofía*. Vol. XXVI N° 2. Primavera 2000.
- Luhmann, N. (1983). *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Trad. Ignacio de Otto Pardo. Edt. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Maier, J. B. (1989). *Derecho procesal penal argentino*. Hammurabi.
- Maier, J. B. J. (2011). *Derecho procesal penal (parte general, actos procesales)*. Tomo III. Primera edición. Buenos Aires: Editorial del Puerto.
- Mittermaier, C. J. A. (1979). *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*. Trad. Pedro Aragoneses Alonso. Edit. Reus. Madrid.
- Mullins Sr, M. E. (2003). Tools, Not Rules: The Heuristic Nature of Statutory Interpretation. *J. Legis.*, 30, 1.
- Muñoz Sabate, L. (1993). *Técnica Probatoria. Estudios Sobre las Dificultades de la Prueba en el Proceso*. 3ª Edición. Edt. Praxis. Barcelona.
- Nietzsche, F. (1967) *La Gaya Ciencia*. Trad. Pedro González Blanco. Edt Ediciones del Medio Día. Buenos Aires.
- Nino, C. S. (1988). Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas.
- Palacio, L. E. (2000). *La prueba en el proceso penal*. Abeledo-Perrot.
- Paramo, J. R. D. (1984) *H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*. Edt. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Pedroso Herrera, T. (2003). Aristóteles y el entinema. En: *Luces en el laberinto audiovisual: Congreso Iberoamericano de Comunicación y Educación*. Huelva, octubre de 2003 (p. 302). Grupo de Investigación Ágora.
- Perelman, C., & Olbrechts-Tyteca, L. (1989). *Tratado de la argumentación*. Madrid: Editorial Gredos.
- Pérez Medina, L. (2007). *La eficacia de la Prueba Indiciaria en el Proceso Penal Ecuatoriano* (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador).

## Referencias

- Platón. (1992). Diálogos. Volumen IV. La República. Edt Gredos. Madrid.
- RAE - Real Academia Española. (2021). Diccionario de la lengua española, 23.<sup>a</sup> ed., [versión 23.4 en línea]
- Reyes Alvarado, Y. (1984) La prueba indiciaria. Bogotá, ediciones librería profesional.
- Robles Blacido, E., Julca Guerrero, F., Robles Trejo, L., Flores Leiva, V., & Nivin Vargas, L. (2020). Prueba indiciaria en la jurisprudencia peruana y su relación con el razonamiento presuntivo: inducción, deducción y abducción.
- Rodríguez, C. (1997). El debate Hart-Dworkin. Universidad de los Andes.
- Rodríguez, O. A. (2001). La presunción de inocencia: Principios Universales. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Rojas Bustamante, M. E. (2018). Criterios para la valoración de la prueba indiciaria en el proceso penal peruano.
- Romero Coloma, A. M. (1986). Estudio de la Prueba Procesal. Su Valoración Psicológica. Edt Colex. Madrid.
- Rorty, R. (1996). Objetividad, Relativismo y Verdad. Trad. Jorge Vigil Rubio. Edt. Paidos. Barcelona.
- Schonke, A. (1950). Derecho procesal civil.
- Stevenson, C. L. (1944). Ethics and language.
- Tarski, A. (1972). La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica (Vol. 3). Buenos Aires: Nueva Visión. Trad. Paloma García Abad. [Una versión previa de ese escrito fue presentada en diciembre de 1966 en la reunión de la Estern Division of the American Philosophical Association].
- Taruffo, M. (2002). La Prueba de los Hechos. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Edt. Trotta. Madrid.
- Tinceno, F. (2011). Diccionario conceptual de derecho. Edt. Temis. Bogotá, Colombia.
- Toro Garzón, L. O., & Bustamante Rúa, M. M. (2020). La investigación y la prueba de contexto como elementos de política criminal para la persecución del crimen organizado. *Criminalidad*, 62(1), 101-115.
- Valenzuela, J. (2013). Inocencia y razonamiento probatorio. *Revista de Estudios de la Justicia*, (18), 13-23.
- Zavala Baquerizo, J. (2004). Tratado de derecho procesal penal. Editorial Edino.





FUNDACIÓN PANAMERICANA PARA EL DESARROLLO

## Alcance, análisis y validación de la prueba indiciaria

Proyecto de Creación de Capacidades del Sector Judicial Ecuatoriano  
para Combatir la Delincuencia Transnacional y el Narcotráfico

ISBN: 978-9942-38-960-2



9 789942 389602

Con el apoyo de la Oficina  
Internacional de Asuntos  
Antinarcóticos y Aplicación  
de la Ley (INL)

