

Andrés Blanco, Serrana Delgado y José Gómez Leiza

¿Cómo se da por cierto un hecho en la práctica judicial?
Cuestiones epistemológicas y teóricas
y análisis del caso uruguayo

*How is a fact taken for granted in judicial practice?
Epistemological and theoretical issues and analysis of the Uruguayan case*

*Como um fato é tomado como certo na prática judicial?
Questões epistemológicas e teóricas e análise do caso uruaio*

- ✉ Andrés Blanco: Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor de Derecho Financiero, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay.
ORCID: 0000-0001-5824-6773
andres.blanco@fder.edu.uy
- ✉ Serrana Delgado: Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora de Filosofía y Teoría General del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay.
ORCID: 0000-0001-8888-8160
serranadm@hotmail.com
- ✉ José Gómez Leiza: Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor de Derecho Financiero, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay.
josegomezleiza@hotmail.com

Resumen: *este trabajo presenta los principales resultados de una investigación sobre la forma en que se introducen premisas, argumentos y conclusiones acerca de la ocurrencia de hechos en el discurso del Derecho, particularmente en la práctica judicial uruguaya.*

Palabras clave: *práctica judicial, discurso jurídico, argumentación, producción de prueba, modelos de inferencia.*

Abstract: *This paper presents the main results of an investigation on the way in which premises, arguments and conclusions about the occurrence of facts are introduced in the discourse of Law, particularly in Uruguayan judicial practice.*

Keywords: *judicial practice, legal discourse, argumentation, production of evidence, inference models.*

Resumo: *Este artigo apresenta os principais resultados de uma investigação sobre o modo como premissas, argumentos e conclusões sobre a ocorrência de fatos são introduzidos no discurso do Direito, particularmente na prática judiciária uruguaia.*

Palavras-chave: *prática judiciária, discurso jurídico, argumentação, produção de provas, modelos de inferência.*

1. Introducción: objetivos de la investigación y plan del artículo

Este trabajo presenta los resultados de nuestra investigación sobre la forma en que se introducen premisas, argumentos y conclusiones acerca de la ocurrencia de hechos en el discurso del Derecho, particularmente en la práctica judicial. En concreto, nos propusimos responder a las siguientes preguntas de investigación:

- a. ¿Cuáles son las prácticas de observación de hechos y de inferencias sobre hechos que están presentes en el discurso jurídico y, sobre todo, que utilizan de hecho los jueces?
- b. ¿En qué grado son esas prácticas compatibles con los criterios de observación e inferencia inductiva normalmente aceptados por la epistemología?
- c. ¿Creen los jueces que la aproximación a dichos criterios de observación e inducción significa o significaría una mejora de la calidad de su actividad?
- d. ¿Tiene la semejanza o desemejanza entre las prácticas judiciales mencionadas y los criterios de observación e inferencia, alguna consecuencia relevante para la legitimidad social del derecho?

La respuesta a estas preguntas requiere, en primer lugar, una delimitación epistemológica de nuestro trabajo, y su división en tres abordajes: epistemológico, metodológico y lógico, todo lo cual se expone en el capítulo 2. En el capítulo 3 resumimos la elaboración de los marcos teóricos de los tres abordajes y las premisas metodológicas para la delimitación del trabajo de campo, y se describe este último. Seguidamente se expone, en el capítulo 4, el marco conceptual del abordaje epistemológico, los resultados del trabajo de campo que atañen al mismo, y nuestras conclusiones. En el capítulo 5 se propone un marco teórico para el análisis metodológico de la práctica judicial en materia de hechos, y se analizan a su luz los resultados del trabajo de campo. Finalmente, en el capítulo 6 se incluye el marco teórico del abordaje lógico de la práctica judicial en materia de hechos, y se considera a su luz el producto del trabajo de campo. En el capítulo 7 se recapitulan en forma sintética las principales conclusiones de la investigación.

2. ¿Desde dónde analizamos el problema de la prueba y el razonamiento probatorio?

La reproducción del Derecho a través de la resolución de casos individuales, sea bajo la forma de la actividad judicial contemporánea o sus antecesoras, siempre versó sobre hechos, por lo que es natural que los juristas hayan reflexionado desde hace siglos sobre dichas actividades. Esta autorreflexión se ha desarrollado en gran parte desde un punto de vista interno de la práctica jurídica, particularmente por parte de la dogmática procesal. Dado que la perspectiva que nosotros adoptamos es descriptiva y explicativa, es preciso aclarar qué significa esta división entre “puntos de vista” para el abordaje del Derecho. Nos apresuramos a decir que esta división no es indudable desde el punto de vista de la filosofía del conocimiento, y que probablemente no sea aceptada por muchos juristas, lo que redobla la exigencia de fundamentarla y justificar nuestra ubicación en uno de los campos que resultan de aceptar dicha división de saberes.

Asumiendo que lo que llamamos “Derecho” nos propone un conjunto de discursos y prácticas para encaminar ciertos problemas de la vida social, el sujeto que adopta el papel de un practicante del Derecho, como abogado, juez, o incluso como académico orientado a dicha práctica, tiene que asumir, siquiera transitoriamente, una actitud de aceptación sin discusión de ciertas premisas y supuestos. Por ejemplo, debe aceptar operar dentro la estructura institucional del Estado en la cual se desarrolla la práctica, la necesidad de argumentar y, además, hacerlo a partir de cierto material y no de otro (por ejemplo, los textos de las leyes y las opiniones de juristas académicos reconocidos), etc. Es más: la propia condición de jurista profesional suele ser un requisito para operar en muchos (si bien no en todos) esos ámbitos de reproducción del Derecho. En cambio, una persona que observa la estructura institucional del Estado, la forma de argumentar de los juristas, las premisas de las que parten, etc., con el fin de describir y explicar esos actos como fenómenos sociales, sin el fin de participar en la reproducción del Derecho, no tiene por qué aceptar ese contexto de actuación, ni tampoco rechazarlo: lo toma como un conjunto de objetos para construir y/o contra los cuales contrastar afirmaciones acerca del fenómeno jurídico.

En lo que respecta a la prueba y la introducción de enunciados sobre hechos en el discurso jurídico, y especialmente en la práctica judicial, el enfoque interno es el predominante en la dogmática procesal tradicional, al menos en el ámbito latinoamericano⁽¹⁾. En efecto, dicho enfoque se orienta a determinar normativamente, esencialmente tomando como referencia textos legislativos, qué es una “prueba”, cuándo deben proponerse o generarse las mismas, qué clases se admitirán según el caso, etc. La

dogmática también considera, sobre la misma base del material legislativo, el deber ser de la producción de la prueba, y hasta —aparentemente— menciona un conjunto de reglas de inferencia para unir los resultados de la prueba con las conclusiones sobre hechos, bajo el rótulo de “reglas de valoración de la prueba”. Pero este abordaje no se ocupa, normalmente, del estatus epistemológico de la labor probatoria que tiene lugar dentro de un proceso ante una autoridad, ni de la calidad metodológica de la producción de la prueba, ni del encuadre lógico de las inferencias fácticas de los jueces.

Por ejemplo, cuando la ley, como ocurre en Uruguay, nombra de un modo vago el conjunto de inferencias aceptables para pasar de las pruebas producidas a una conclusión sobre un hecho (las “reglas de la sana crítica”), la dogmática suele expresar que se trata de “reglas derivadas de la experiencia” o “máximas del sentido común”, o inclusive que contiene “reglas lógicas” (Couture 1981: 270-276; Devis Echandía 1984: 169-170)(2), pero sin enunciarlas ni valorarlas desde el punto de vista de su tipología lógica.

El enfoque de nuestra investigación, en cambio, intentó ser externo: no partimos de un material legislativo para realizar enunciados normativos, sino que observamos ese material legislativo, las tesis dogmáticas, las prácticas judiciales reveladas a través de expedientes y sentencias, y las creencias de los juristas, para evaluar las prácticas probatorias y las inferencias sobre hechos fundamentalmente en tres planos:

—Epistemológico, ya que intentamos determinar qué tipo de “conocimiento” se genera en la práctica judicial, comparándolo con aquel que en nuestra cultura se suele considerar conocimiento por excelencia, cual es el científico, e indagando en las causas de sus diferencias con éste, ya que es visible de antemano la divergencia entre los mismos.

—Metodológico, en la medida en que valoramos las reglas, y también las prácticas que de hecho se siguen en los procesos, para producir las pruebas.

—Lógico, puesto que intentamos adentrarnos en el tipo de inferencias que realizan los jueces y los juristas para pasar de pruebas concretas a conclusiones sobre hechos, tanto en cuanto a su caracterización lógica como en la forma en que se construyen las premisas de los argumentos. Por ejemplo, en este plano indagamos qué son y de dónde surgen las “reglas de la experiencia” que funcionarían como premisa mayor en una deducción que se hace en algún punto de la secuencia inferencial probatoria.

No obstante, esa separación entre los abordajes interno y externo, sería un grave error suponer que el análisis externo de una parte del fenómeno jurídico, como en este caso la práctica probatoria y la generación de enunciados fácticos, está totalmente desligada de la reproducción del Derecho. En efecto, la producción del Derecho por los juristas razonablemente no puede ignorar ni el entorno al cual se dirige, ni tampoco las características de sus propias prácticas, conductas y creencias, y la forma en que influyen en lo que los juristas hacen (Nino 1989: 36-37; Sarlo 2006: 197-200). Por ese motivo, nuestras preguntas de investigación incluyeron una reflexión acerca de la utilidad que podría tener nuestro análisis para la mejora de la práctica de los juristas.

Seguidamente consideraremos las tres dimensiones de abordaje de los problemas de la prueba y de los hechos, exponiendo en cada caso el marco teórico utilizado, la metodología para la delimitación del trabajo de campo, la descripción de este último, y las conclusiones a las que arribamos.

3. Aspectos metodológicos: elaboración de marcos teóricos y diseño del trabajo de campo

En primer lugar, elaboramos tres marcos teóricos que se corresponden con las tres áreas de la investigación: epistemológico, metodológico y lógico. Los mismos serán expuestos en las introducciones de los capítulos siguientes.

El trabajo de campo comenzó con una selección, por un sistema de muestreo, de sentencias y expedientes, así como de juristas profesionales a entrevistar. Con base en dicho muestreo, se realizaron las siguientes tareas:

—Se recopilaron sentencias de primera y segunda instancia, tanto de Montevideo como del interior, procediéndose a su lectura y síntesis. El objeto de esta tarea fue identificar la explicitación de los condicionamientos de la indagación en los hechos (particularmente el relato de los hechos realizado por las partes en el proceso como límites a la indagación fáctica), la utilización o no de metodologías en la producción de las pruebas, y el tipo de inferencias realizadas para llegar a las conclusiones.

—Se examinaron expedientes judiciales con el fin de identificar y analizar en detalle: a) el grado en que las limitaciones institucionales (la limitación de la prueba a la iniciativa de las partes, la imposibilidad de introducir elementos

de juicio una vez cumplidas ciertas etapas, etc.) son limitaciones cognitivas importantes para la decisión judicial; y b) la presencia de métodos técnicos de producción de pruebas o su realización de modo informal. En este caso se emplearon métodos de lectura de documentos.

—Se realizaron entrevistas a juristas académicos, juristas prácticos y jueces para relevar las creencias de la comunidad de juristas uruguayos acerca de los problemas de investigación. La selección de entrevistados se realizó mediante métodos de muestreo, y las entrevistas se realizaron en forma individual, en base a un interrogatorio guiado en función de los problemas de investigación planteados.

Los resultados del trabajo de campo fueron sistematizados en forma de gráficas, cada una de las cuales responde a ciertos aspectos cruciales del contenido o las respuestas (dependiendo del caso) para la resolución de los problemas de la investigación. Algunas de las gráficas.

4. El problema epistemológico: ¿qué tipo de “conocimiento” genera la práctica judicial?

4.1 El marco conceptual

La respuesta a esta pregunta requirió un marco teórico descompuesto en dos aspectos: las concepciones acerca de la “verdad” como problema epistemológico en sentido estricto, y las concepciones acerca del uso y la función social de las diferentes concepciones sobre la “verdad”.

El concepto de verdad es un concepto muy caro para la tradición filosófica, tanto para la antigua, como para la moderna y la contemporánea. Es un concepto igualmente clave como problemático. Algunos filósofos muy relevantes han sostenido que es una locura tratar de definirla. Sería un concepto primitivo que como tal no es pasible de definición. Las distintas teorías sobre la verdad han resultado ser muy problemáticas, algunas por ser muy ambiciosas y otras por serlo muy poco.

Ha complicado las cosas que muchas discusiones sobre la verdad refieren en realidad a cuándo se puede decir que un enunciado sea verdadero. La cuestión es compleja porque, al decir de Habermas, explicamos un hecho por un enunciado. Eso implica que la teoría de la ciencia y la ciencia misma no trabaja con hechos,

sino que trabaja con enunciados sobre los hechos. Esto implica una conexión ineludible entre la realidad, el mundo y el lenguaje que durante mucho tiempo en la historia de la filosofía y de la filosofía de la ciencia pasó inadvertida, hasta que contemporáneamente se observó que lo que parecía un detalle, en realidad era un asunto de crucial importancia: la realidad está mediada lingüísticamente (Habermas 2002:242 y ss.).

Todos los enunciados poseen determinado valor de verdad, o valor veritativo, son verdaderos o falsos y se ha sostenido que conocemos un hecho cuando sabemos las condiciones en que ese hecho es verdadero. Sin embargo, las teorías de la verdad no se ocupan de establecer las condiciones necesarias y suficientes para que un enunciado sea verdadero en particular, ni tampoco en general, más bien tratan de explicar las condiciones en que se produce el pasaje de los hechos a los enunciados. Cómo es posible que el lenguaje pueda “capturar” el mundo. Parecería que una teoría de la verdad da cuenta de cómo se produce ese pasaje de los hechos al lenguaje.

Popper fue el primero en reconocer que la teoría tradicional aristotélica de la verdad como correspondencia no le inspiraba mucha confianza hasta el trabajo de Tarski (Popper 2005:292 y ss.). Parecería que la teoría aristotélica tenía para el epistemólogo inglés cierto tufillo metafísico, en el peor sentido del término. La labor de Tarski, sin embargo, era mucho menos ambiciosa que la empresa aristotélica, lo único que se propuso Tarski, y por ende su principal contribución en la materia, fue establecer la diferencia en los niveles de lenguaje, Tarski propuso la distinción entre un lenguaje objeto y un metalenguaje y una correspondencia entre ambos lenguajes (Tarski:1969). Sin embargo, poco contribuiría a la intuición aristotélica de que la verdad es aquello que captura, de alguna forma, la realidad del mundo.

De alguna forma, a diferencia de Aristóteles, que sí estaba preocupado por establecer cuáles eran las condiciones necesarias y suficientes para la verdad de un enunciado en general, la empresa tarskiana era bien diferente. Se trataba de una embestida de la lógica y tenía bastante poco de metafísico, ahora en el mejor sentido del término. La idea intuitiva de un científico y que algunas teorías de la ciencia se ocupan de indagar, de cuándo es posible que un enunciado sea verdadero, tienen poco que ver con las teorías de la verdad propiamente dichas. De todas formas, los conceptos básicos y primitivos de verdad, conocimiento y significado están tan emparentados y son tan esenciales para la actividad de la filosofía y de la teoría de la ciencia que era difícil que se pudiera desentender o ignorar como se hizo hasta la época de Tarski. No obstante, las distintas teorías parece que no han respondido a

las ambiciosas preguntas que se pretenden que respondan. Una posible explicación de lo anterior es que las preguntas estén mal formuladas.

Al decir de Davidson (Davidson 1997:10 y ss), la verdad no es verdadera, porque no es un objeto. Es un concepto que puede predicarse de determinadas cosas como sentencias, preferencias, creencias y proposiciones, todas aquellas entidades que tienen un contenido proposicional. Por ende, la filosofía no tenía en sus manos un concepto redentor sin el cual la ciencia no pudiera progresar hacia un conocimiento genuino. Frente a esta postura de inflación hacia el concepto de verdad, reaccionaron distintas posturas filosóficas, dentro de ellas el pragmatismo, que encaminado a poner a la verdad en su sitio, estipuló o igualó a la verdad con el concepto de algo que es “valorable”, algo que es “bueno”. Esto en virtud de que, al decir de Rorty, la idea de que la verdad es una suerte de espejo o correspondencia de la realidad o de la naturaleza o del mundo tiene un remanente con la idea de Dios (Rorty 2001:157 y ss.) y que, por lo tanto, haríamos bien en prescindir de ella. Es cierto que nadie ha tenido éxito en decir de una manera *correspondentista* concretamente qué porción de la realidad hace verdadero a un enunciado. Davidson ha reafirmado que si preguntamos qué es lo que hace verdadera a la afirmación de que “la luna está a un cuarto de un millón de millas” es el hecho de que la luna está a un cuarto de un millón de millas, y desde la lógica si se intenta presentar una semántica seria de los hechos, esta semántica daría cuenta de que los hechos no pueden ser separados y todo se funde en un único hecho.

Sin embargo, esto no quita que la verdad sea una noción clave para la filosofía y la teoría de la ciencia, y tiene, si se quiere, un cierto valor precautorio, en el sentido básico de que la verdad es aquello que nos sirve para entender que, aun contando con la mayor evidencia disponible y con el consenso de todos los agentes intervinientes, así y todo, una afirmación puede ser falsa.

Las teorías epistémicas de la verdad (Dummet, Putnam y Habermas aunque luego hayan variado sus opiniones al respecto), como la teoría de la *asertabilidad justificada* o la teoría del *consenso* comparten con las teorías pragmatistas, el intento deflacionario de considerar que la verdad es aquello acerca de lo cual hay evidencia suficiente y un consenso en condiciones epistémicas ideales. Estas teorías parten de unificar el concepto de verdad, con el concepto de creencia, intenciones y deseos, y si bien la mejor explicación de verdad debería darse junto con el entramado de estos otros conceptos, esta teoría se despoja al concepto de verdad, de la noción misma de objetividad, y de independencia de las creencias o actitudes de los sujetos.

Por otro lado, las teorías *deflacionarias* de la verdad (Horvich: 1998) señalan la trivialidad de la teoría de la correspondencia porque sostener que “Es verdad que César fue asesinado es idéntico a decir César fue asesinado”. Sin embargo, la tesis de que la verdad pueda ser trivial, parece desconocer que el pensamiento en sí mismo y el conocimiento también en sí mismo involucran a la noción de verdad.

Aun cuando se concluya que la teoría de la correspondencia falla al definir la verdad, es necesario reconocer que ella provee el concepto central de que la verdad tiene que ver con cómo es el mundo y la realidad, y por otra parte de las teorías epistémicas, pragmáticas y deflacionarias es necesario rescatar la tesis de que la verdad está íntimamente emparentada con conceptos como creencia, significado, conocimiento, intención o deseo.

En lo que tiene que ver con las concepciones sociológicas acerca de la “verdad”, se reveló como especialmente interesante la teoría de los sistemas sociales de Luhmann, y sus proyecciones tanto al campo de la ciencia como del Derecho. Brevemente señalemos que Luhmann concibe a la sociedad como un “sistema”, entendiendo como tal un conjunto de relaciones sociales y comunicaciones que reciben información de su entorno, y generan un “producto” específico. Dentro de ese gran sistema constituido por la sociedad toda se diferencian varios subsistemas que operan de la misma manera, todos con la función específica de reducir la complejidad, esto es, la cantidad de pretensiones de individuos a través de la admisión de algunas y el descarte de otras.). Mientras que la ciencia lo hace mediante los criterios “verdad/falsedad”, el Derecho lo hace mediante la dupla “lícito/ilícito” (Luhmann 1996: 155 y ss; Luhmann 1983: 37 y ss.).

Si bien se trata de un aspecto que merece un desarrollo más profundo, las definiciones de Luhmann sugieren que la forma en que cumple su función el sistema jurídico no tiene como eje central la producción de “conocimiento verdadero” en el sentido científico, sino que se centra en la generación de enunciados normativos a partir de categorizaciones específicas de los hechos.

4.2. Algunas conclusiones sobre el marco conceptual

En cuanto a las distintas teorías de la verdad, hemos visto necesario distinguir la *verdad en sí* de lo *verdadero*. De tal modo que no parece adecuado exigir a una teoría de la verdad que se dedique a explicar las condiciones necesarias y suficientes para que un enunciado sea verdadero.

Por otro lado, las teorías más contemporáneas deflacionarias de la verdad parten de un desencanto con la tesis que esperaba que la verdad fuera para la ciencia, lo que Dios para la religión.

Todas las teorías (aun las deflacionarias) parten de la idea de que la verdad tiene dos características: es absoluta (no hay más o menos verdad) y es incondicional (la verdad no cambia con el transcurso del tiempo).

Para Davidson la verdad es una noción que como tal es imprescindible para la teoría de la ciencia y para la filosofía. Podría considerarse que su función principal es precautoria, es la que nos permite considerar que aun cuando todos estemos de acuerdo acerca de la verdad de un enunciado o aun con la justificación de nuestro lado, aun así podemos estar equivocados.

Los análisis epistemológicos del conocimiento judicial sobre los hechos están de acuerdo en que los enunciados fácticos de las sentencias tienen exigencias de fundamentación diferentes a las de la ciencia. Así se habla de que las exigencias epistemológicas de la práctica judicial se limitan a que la distribución del error fáctico sea tolerable (Laudan 2013: 59 y ss.), o que los enunciados fácticos tengan una “garantía” de apoyo probatorio (Haack 2014: 48-56). Esto no significa un apartamiento absoluto de las metodologías científicas, e incluso en ciertas áreas de la práctica judicial se ha desarrollado una técnica interdisciplinaria con aportes de ciencias “duras”, denominada en Estados Unidos “ciencia forense” (*forensic science*). Pero en todo caso la práctica judicial no puede, por razones institucionales, incorporar características de la práctica científica como, por ejemplo, la posibilidad de enmendar en cualquier momento, sin límite de tiempo, sus afirmaciones.

Parecería que los enunciados fácticos judiciales tienen invertidas las propiedades metodológicas y la aceptabilidad: la flexibilidad metodológica desemboca en la inmutabilidad que le dota la cosa juzgada.

Si se quiere avanzar en una explicación sociológica de esas diferencias, las comprobaciones del trabajo de campo (así como las definiciones teóricas citadas recién) son compatibles con la aplicación de las concepciones de Luhmann acerca de las diferentes maneras de procesar la complejidad social por parte de los sistemas sociales, que el sistema jurídico realizaría a través de la dupla “lícito/ilícito”, diferente a la manera en que lo hacen las ciencias duras (No ignoramos que a las teorías filosóficas que abordan los problemas de las ciencias también se le presentan una serie de

dificultades relevantes para abordar el problema de los *hechos científicos*).

Se podría agregar que Barrios de Angelis, un autor dogmático uruguayo, propuso una explicación de la aproximación judicial a lo fáctico en la cual los hechos (el “objeto del proceso” en palabras de Barrios de Angelis) es una construcción a partir de vivencias trasuntadas en intenciones tanto de las partes como del juez, tesis de indudable filiación en la *Fenomenología trascendental* de Husserl. Esa intencionalidad es la que precede a la apreciación de las pruebas, con lo que el proceso de justificación del enunciado queda totalmente subjetivado (Barrios de Angelis 1989: 38-43, 52-53).

4.3 Las conclusiones de la investigación

Nuestra hipótesis era que el conocimiento sobre los hechos que se genera en la práctica judicial tiene una considerable distancia con el conocimiento científico, y por lo tanto que tiene una considerable distancia respecto de la “verdad como correspondencia”. Esta hipótesis fue confirmada por nuestro trabajo de campo.

En primer lugar, la práctica judicial tiene un conjunto de limitaciones institucionales que son obvias, y se han señalado por muchos los teóricos que han abordado el tema (Gascón Abellán 2004: 125 y ss.; García Amado 2014: 43 y ss.). Entre las más notorias pueden citarse: la limitación temporal de la producción de prueba; el efecto de la “cosa juzgada”; las frecuentes limitaciones a la cantidad y calidad de la prueba que se puede proponer y producir (por ejemplo, limitaciones al número de testigos); etc. No ha sido tan claro, sin embargo, que esas limitaciones constituyan restricciones epistemológicas radicales que separen, en forma definitiva, el “conocimiento judicial” del conocimiento de lo verdadero en el sentido de lo que se corresponde con la realidad (Taruffo 2008: 20-30;). En ese sentido, y ante el evidente apartamiento entre el contexto de generación y valoración de pruebas judiciales, y aquel que rodea al conocimiento científico, o incluso al conocimiento ordinario, se propusieron algunas definiciones *ad hoc* de “verdad” (como “verdad judicial”, “procesal”, “jurídica”, etc.), para acomodar el producto de los procesos judiciales al término “verdad”.

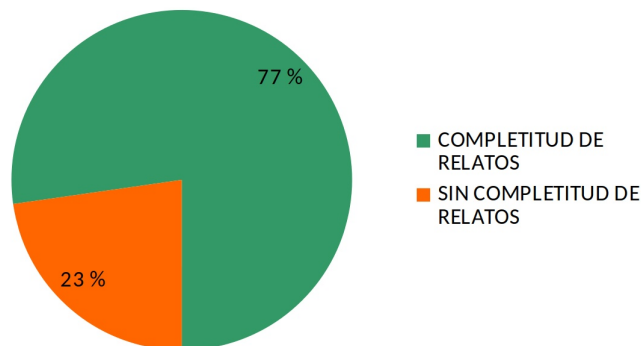
Nuestra conclusión sobre esta cuestión es que si se acepta, en cualquiera de sus versiones e intensidades, la noción de “verdad como correspondencia”, o algo asimilable a la misma, las limitaciones institucionales ponen serios obstáculos para que, en su conjunto, la práctica judicial obtenga la formulación de enunciados fácticos verdaderos.

“Las limitaciones institucionales del proceso constituyen obstáculos insalvables para ello, ya que, al menos en su versión más sofisticada que es la teoría de la ciencia, el conocimiento requiere lo que el proceso por definición no tiene: ausencia total de una norma que imponga un límite temporal en la indagación, y apertura también ilimitada a la crítica, que además puede provenir de todas las fuentes (Gascón Abellán 2004: 126-137). Naturalmente que si aceptáramos un concepto de “verdad consensual” podríamos decir que el resultado de la práctica judicial en cuanto a la aceptación de enunciados fácticos puede acomodarse la noción de verdad, variando simplemente el contexto y los términos dentro de los cuales se alcanza el consenso.

No obstante, ese emparejamiento entre “verdad judicial” o “procesal” y “verdad en general” entendiendo a esta última como un consenso sería mucho menos trascendente de lo que aparenta si la apreciamos en términos metodológicos. En efecto, y como más allá de la discusión conceptual acerca de las distintas concepciones de la verdad, como se observará en el capítulo 4, nuestra investigación reveló que las formas de producción de la prueba se apartan de manera ostensible y profunda de los métodos científicos, tanto en lo que tiene que ver con la investigación que produce o valida conocimiento nuevo, como también del método que se emplea en la ciencia aplicada para efectuar un diagnóstico concreto. Es decir que aun adoptando una concepción de “verdad como consenso”, las diferencias en las formas de alcanzar un consenso en la práctica judicial, por un lado, y en las prácticas científicas, por el otro, hacen que la convergencia entre una y otra “verdad” sea una cuestión simplemente lingüística.

A ello deben agregarse al menos tres puntos más, que también confluyen para concluir en un apartamiento muy profundo entre la práctica judicial y la verdad. El primero es el condicionamiento profundo de la labor probatoria y la decisión judicial por los *relatos* de las partes en el proceso, invariablemente interesados y alejados de objetividad. Este aspecto, que es inevitable por estar estructurado el proceso como una controversia en el que las partes en conflicto delimitan con sus alegaciones el campo de discusión fáctica, podría sin embargo ser objeto de un mayor control en la medida en que los relatos rivales se explicitaran. Nuestro trabajo de campo reveló que, en la mayoría de los casos, esa presentación a la par de los relatos rivales no sucede:

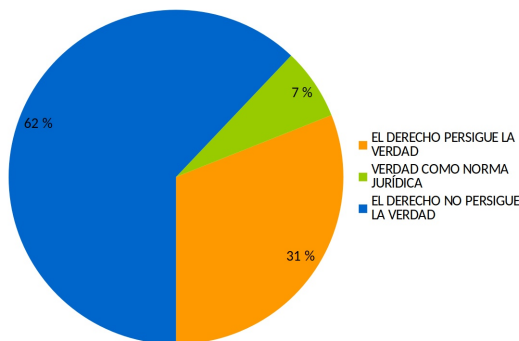
Figura 1: Completitud de relatos opuestos en el texto de las sentencias



El segundo es que, tanto por limitaciones institucionales como por la ausencia de reglas para la actuación en tal sentido, en su gran mayoría la producción de pruebas judiciales no se pliega a metodologías aceptables desde el punto de vista científico, si bien –como también observaremos– existen excepciones importantes a tal respecto. El tercer elemento específico del sistema jurídico que condiciona el conocimiento judicial de los hechos, es que la labor probatoria debe encajar en una tipología de “hechos” que no están delimitados en forma puramente descriptiva, sino que forman parte de una constelación de categorías que contienen, y a veces son exclusivamente, construcciones normativas (Wróblewski 2003: 272-277).

Lo anterior refiere al relevamiento de sentencias y su análisis a la luz del marco conceptual propuesto. No obstante, el trabajo de campo de la investigación nos proporcionó información sobre otra cara del problema de la “verdad” y el conocimiento en la práctica judicial: las creencias de los propios juristas acerca de la lejanía o proximidad de la práctica judicial con la “verdad como correspondencia”. La siguiente gráfica muestra el relevamiento general de las creencias de los entrevistados sobre dicho aspecto. Se distinguen las respuestas que sostienen que la práctica judicial no tiene un compromiso con la verdad como correspondencia, las que sostienen que sí la tiene, y en tercer lugar las que afirman que opera –con variantes según los entrevistados– con un concepto “normativo” de verdad, es decir, con una definición estipulativa de qué se entiende por “verdadero” o “falso” prevista por los textos autorizados internos del sistema jurídico. Sustancialmente, esta tercera modalidad también implica una negación del compromiso del sistema jurídico con la “verdad como correspondencia”.

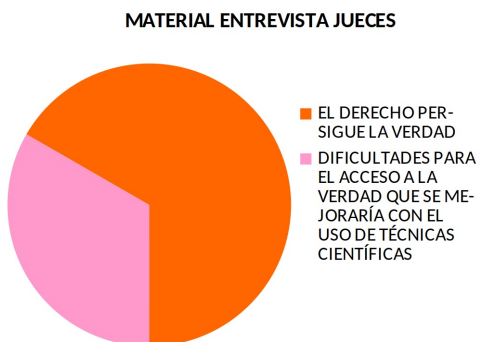
Figura 2: Percepción de los juristas uruguayos sobre las relaciones entre la práctica judicial y la verdad



El gráfico demuestra que una mayoría significativa de los juristas uruguayos no cree que la práctica judicial, cuando incorpora enunciados fácticos, esté encaminada a que los mismos sean “verdaderos” en términos de correspondencia. Esta creencia mayoritaria está, pues, alineada con las conclusiones de nuestro análisis de campo de las sentencias relevadas a la luz del marco conceptual propuesto.

Sin embargo, la situación cambia radicalmente cuando se evalúan las respuestas sólo de los jueces, que son uno de los tres grupos de juristas entrevistados (los otros son académicos y abogados prácticos), tal como lo muestra el siguiente gráfico:

Figura 3: Percepción de los jueces uruguayos sobre la relación entre la práctica judicial y la verdad



Es decir, los porcentajes de creencias de los jueces acerca de este punto están invertidas respecto de la generalidad de los juristas. La conclusión más obvia y direc-

ta de ello es la existencia de creencias (al menos declaradas) muy distintas acerca del compromiso con la verdad, y *a fortiori* con la calidad epistémica y epistemológica del trabajo judicial, entre sus responsables principales, y quienes coparticipan del mismo, que es el resto de la comunidad jurídica.

En un sentido más profundo, sea que consideremos a esta convicción de los jueces como una creencia falsa o como una creencia desligada de la autoconcepción mayoritaria de la comunidad técnica que integran, podría ser calificada como una *ideología* entendida como un discurso que asegura la cohesión de un grupo social con fines funcionales (Van Dijk 2005: 10), y/o (ya que no es una calificación excluyente) como una creencia semiconsciente, esto es como una representación que lingüísticamente se manifiesta de un modo asertivo y firme, pero sobre la cual el sujeto que la emite abriga dudas no del todo claras sobre su exactitud (Kennedy 1997: 199-200). En cuanto a su explicación, es plausible que se trate de un mecanismo de defensa y legitimación de la actividad judicial frente al colectivo social (lo cual es una de las funciones de los discursos ideológicos) a través su conexión con una idea que goza de gran reputación en la sociedad como la “verdad como correspondencia”. Otra explicación posible, quizás concurrente con las anteriores, es que los jueces, dado que no participan de antemano en el conflicto social que se dirime ante ellos, tienen una posición más imparcial que el resto de los juristas respecto de los intereses en juego, lo cual les permite una aproximación menos subjetiva a los hechos.

5. El problema metodológico: ¿qué calidad tienen las prácticas probatorias del sistema judicial?

5.1 Aspectos generales

Esta parte de nuestra investigación apuntó a evaluar las prácticas probatorias del sistema judicial con aquellas que son usuales en la práctica científica, particularmente en las ciencias sociales. Otra vez, el motivo de la comparación es el mismo que para la comparación epistemológica general analizada en el capítulo 4: asumiendo que la práctica científica es la generadora de conocimiento por excelencia, y que ella se funda —entre otras cosas— en metodologías dotadas de ciertas cualidades (rigor de procedimiento, posibilidad de reproducción, control intersubjetivo, etc.) (Cohen y Nagel 1993: 66 y ss.; Klimovsky e Hidalgo 1998: 165 y ss.), la comparación entre las mismas y las que se utilizan en los procesos judiciales arrojará luz acerca de la calidad epistemológica del producto de estos últimos. Como ya lo adelantamos, pues, esta faz de la investigación es en realidad una premisa de la analizada en el capítulo 4.

La hipótesis inicial de nuestra investigación fue bastante simple: la producción de la prueba en la práctica judicial se aparta considerablemente de las recomendaciones metodológicas de las ciencias sociales. Esa hipótesis preliminar se basó, en primer término, en las limitaciones y flexibilidades institucionales que observamos en el capítulo 4. Por un lado, las limitaciones temporales para la producción de la prueba conspiran contra los métodos científicos, que requieren desplegarse en el tiempo que sea preciso de acuerdo a las características del caso, especialmente su complejidad. Por otro lado, y si bien las normas procesales suelen fijar reglas para la producción de la prueba, ellas normalmente atañen a aspectos ajenos, o no claramente comprometidos, con la calidad metodológica. Por ejemplo, si bien el Código General del Proceso prevé la figura del “testigo sospechoso” por vínculos con las partes que merman la confiabilidad de su testimonio, no indica el uso de ninguna técnica de interrogatorio.

A efectos de corroborar o rechazar nuestra hipótesis, identificamos diferentes métodos de observación de las ciencias sociales y luego clasificamos las formas de producción de las pruebas procesales según dichos métodos, por criterios de semejanza o proximidad. La clasificación dio el siguiente resultado:

- a. Métodos de análisis de documentos. Estos métodos de observación científica se corresponderían, en primer lugar, con la producción de la prueba documental tradicional. Asimismo, en la mayoría de los casos se correspondería con la producción de la prueba pericial (al menos con la lectura e interpretación de los informes periciales), ya que la labor del perito se incorpora al proceso como un documento, sin perjuicio de que dicha persona pueda ser interrogada en audiencia.
- b. Métodos o técnicas de entrevista. Estos métodos se corresponderían fundamentalmente con el interrogatorio de testigos, con la declaración de parte, y también con el interrogatorio de peritos.
- c. Métodos de observación directa. Estos métodos se corresponderían con la inspección judicial cuando no es delegada en un auxiliar de la justicia, ya que en estos últimos casos el informe producido por dicha persona sería un documento, comparable con los métodos indicados en a.

5.2 Análisis de documentos

Los métodos de análisis de documentos desarrollados en otros campos científicos serían, a primera vista, de una utilidad muy prometedora en la práctica judicial. Dichos métodos son usados fundamentalmente en la reconstrucción de hechos pasados, típicamente en la Historia, en general y en sus ramas especiales (historia económica, historia política, etc). Sin perjuicio de que existen técnicas de análisis muy sofisticadas, los métodos básicos podrían ser de sencilla implementación en el campo judicial, ya que consisten en estrategias de elección, lectura y evaluación básicas (Angell y Friedman 1992: 291 y ss.). A vía de ejemplo se pueden señalar:

- i) El alcance, dado que en principio es preferible un documento específico por sobre uno genérico que tiene una mención incidental al objeto de prueba.
- ii) Representatividad. En principio es preferible un documento inmediato, material y temporalmente, al objeto a probar, mientras que a mayor distancia temporal y fáctica menor es la importancia del mismo.
- iii) Confiabilidad. Aun a riesgo de valoraciones subjetivas, es preciso tener en cuenta los antecedentes de veracidad del o los sujetos que emiten el documento.
- iv) Interpretación. Es preciso determinar el sistema de reglas de lenguaje dentro del cual fue redactado el documento, para luego comprenderlo y –por así decirlo– “traducirlo” al lenguaje de los observadores.

Un caso paradigmático en torno a los documentos es el del valor probatorio del parte policial, Gamarra asevera que, cuando contiene declaraciones de los interesados –esto es, de quienes luego asumirán la calidad de actor y demandado en juicio posee valor de confesión extrajudicial (Gamarra 2006: 137).

Sin embargo, pese a la opinión de Gamarra, la jurisprudencia que no comparte a pie juntillas esta tesis. Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia ha sostenido que más allá de su específico valor probatorio, es un elemento más a ponderar el cúmulo de elementos probatorios. Esto resulta observable por ejemplo en la Sentencia N° 1.734 de la Suprema Corte de Justicia.

5.3 Técnicas de entrevista e interrogatorio

Las técnicas de entrevista e interrogatorio son sin dudas métodos totalmente aplicables a los interrogatorios de testigos, las declaraciones de partes y los interrogatorios de peritos y expertos.

En materia de interrogatorio de testigos merece mencionarse la Sentencia de la SCJ N° 83/2021, en la que se aborda un tema fundamental para la suerte del caso: la legitimidad de la técnica empleada para la obtención de la prueba de cargo fundante de la condena, consistente en la declaración de los niños y adolescentes víctimas del abuso sexual.

Como observan los actuales estudios sobre la prueba, en la actividad probatoria hay un primer momento que consiste en la conformación de un conjunto o elementos de juicio o pruebas, que respalden la hipótesis que se propone que se tenga por cierta. Resulta algo clave para el valor epistémico de una inferencia probatoria el de la fiabilidad de estos elementos, para lo cual hay una serie de procedimientos que se deben de respetar en su obtención (Ferrer Beltrán, 2016: 94 y ss.; González Lagier, 2010, 81-82).

La Defensa cuestionó que en la obtención de la prueba de cargo: (i) se sugestionó a las víctimas para que declararan contra el imputado y (ii) no se respetó la técnica del recuerdo libre.

Corresponde recordar que las víctimas declararon inicialmente en el marco de una investigación interna de Aldeas Infantiles (ante dos Psicólogas de la institución) y luego lo hicieron en sede judicial como diligencia preliminar en la modalidad de Cámara Gesell).

La Defensa enfatizó que la conducción de las entrevistas efectuadas a los niños en Aldeas Infantiles había vulnerado la técnica del recuerdo libre. En tal sentido, afirmó que hubo una “inducción ab initio”, esto es, una inducción previa y a priori de los niños, que fueron aleccionados en el libreto que debían deponer, lo que violentó la técnica de no inducción de respuestas y la conocida técnica del recuerdo libre, que gobiernan en esta materia la recolección de evidencias probatorias. La grabación hecha en Aldeas no fue espontánea, dado que antes de grabar las entrevistas las Lic. Ximena Fernández y Karina López hablaron previamente con cada uno de los niños, explicándoles sobre qué les iban a interrogar y grabar. A su juicio, ello

invalida de por sí la versión prestada y explica el direccionamiento “ex ante” operado sobre los relatos infantiles, tratándose de un factor invalidante de toda la prueba de cargo, porque priva de toda espontaneidad a la deposición del niño y violenta de modo grosero la técnica del recuerdo libre, que es la que permite tener por verosímiles sus dichos.

Sobre este punto la Corte expresó lo siguiente:

(i) La Corte otorgó especial relevancia a la pericia aportada por la defensa de las víctimas (como anotación entre nosotros: véase la relevancia del rol que a la víctima le reconoce el NCPP), elaborada por Lic. en Psicología y Magister en derechos de infancia y políticas públicas Raquel Galeotti.

En el mencionado informe consta que los testimonios de los niños en Aldeas Infantiles fueron recabados por las profesionales Fernández y López en condiciones técnicamente adecuadas y resultan fiables.

(ii) Uno de los Sres. Ministros (Tosi), puntualiza en su fundamento de voto particular que la técnica del recuerdo libre es solo una de las fases que deben seguirse en las entrevistas a niños testigos. En forma previa a la obtención del testimonio y a la utilización de la técnica del recuerdo libre, es indispensable pasar por una fase previa de entendimiento y compenetración.

Consigna en su fundamento particular:

“...la afirmación de la Defensa respecto a que debía priorizarse en todo momento la técnica del recuerdo libre, requiere varias matizaciones. Dicha técnica constituye un paso importante y necesario en la entrevista con el niño testigo. Pero no es la única fase que debe transitarse. Antes de acudir a esa técnica, debe haber un espacio para el entendimiento y compenetración con el niño. Y después, puede procederse a la realización de preguntas, donde no estarán necesariamente prohibidas las preguntas cerradas ni aquellas en las que estén implícitas las respuestas(ambas reiteradamente cuestionadas por la Defensa en su libelo), sino que podrá eventualmente recurrirse a ese tipo de interrogaciones, si bien lo ideal será transitar un camino que comenzará con preguntas abiertas, luego otras más específicas, para más adelante avanzar a preguntas cerradas y profundas (que son las que llevan implícita la respuesta).”

(iii) También la Corte concluyó que debe descartarse la hipótesis alternativa planteada por la Defensa, que denunció un complot contra el imputado por haber denunciado deficiencias en los procesos de aprendizaje de los niños.

El imputado no era un funcionario de Aldeas Infantiles, por lo que no sería razonable que el funcionariado de la ONG pretendiera perjudicarlo.

Tampoco es razonable pensar en un complot de los niños. La Corte concluyó que: “...menos aún resulta razonable ni lógico considerar que seis niños y adolescentes hayan sido adoctrinados en este sentido creando historias ficticias, a los solos efectos de montar una puesta en escena, para lograr la desvinculación de una persona que ni siquiera formaba parte del equipo estable de la institución, cuando ello podía efectuarse en cualquier momento sin que esto generara ningún tipo de sanción o multa.”

La sentencia tiene el especial valor de detenerse en un aspecto epistémico de la actividad probatoria, como lo es el de las condiciones necesarias para la aceptabilidad de un testimonio.

El punto tiene una importancia capital para la suerte del proceso. Los estudios de psicología del testimonio son contestes en que la forma de dirigir un interrogatorio, especialmente cuando se trata de niños, tiene consecuencias decisivas en sus resultados.

Postula Giuliana Mazzoni que los niños –incluso los muy pequeños– pueden ser capaces de tener recuerdos exactos, bien que pobres en su elaboración o en los detalles de la situación, pero para ello se requiere que su relato sea espontáneo, estimulado solo con preguntas abiertas. En sus palabras:

“Las preguntas abiertas dejan una libertad total para la respuesta. Por ejemplo, una pregunta abierta para saber si un niño ha visto a un hombre la tarde anterior sería: ¿A quién viste ayer de tarde?”. En la misma situación, una pregunta cerrada podría ser: “¿Viste a un hombre ayer de tarde?”. Como se ve, la primera pregunta deja completa libertad de respuesta, pero la segunda exige dar una información específica (...) si el recuerdo es solicitado con preguntas cerradas o que contengan información tendenciosa, las respuestas obtenidas resultarán escasamente exactas y el testimonio no resultará fiable.” (Mazzoni, 2010: 165).

Las propias características de los recuerdos en los niños, determina que corresponda tener especial precaución en la forma en que se los interroga, evitando que la

sugestionabilidad de la memoria de los interrogados. La referida autora da cuenta que la experiencia empírica demuestra que entrevistas mal llevadas conducen a modificar, no solo el relato de los hechos, sino también los recuerdos. Cambian la realidad y basándose en esa nueva “falsa realidad” algunas personas son condenadas y otras absueltas.

Una entrevista investigativa correctamente formulada debe realizarse mediante preguntas abiertas y el entrevistador debe evitar introducir información ajena a la proporcionada por el niño. Las preguntas cerradas deben formularse únicamente en la última fase de cierre de la entrevista. (Mazzoni, 2010: 90 y ss.).

La evidencia empírica demuestra que cuando el entrevistador maneja una hipótesis sobre cómo ocurrieron los hechos, tiende consciente o inconscientemente a buscar, interpretar y crear nuevas pruebas para validar las propias creencias previas. A este fenómeno se lo llama el sesgo de confirmación (*confirmation bias*) o visión de túnel (*tunnel vision*). En estos casos, la misión consiste en descubrir lo que realmente sucedió, con independencia de quien haya formulado la hipótesis, cuando están afectadas por el sesgo de confirmación pasan a buscar solo pruebas y explicaciones que confirmen su hipótesis previa y dejan de analizar o incluso de recoger pruebas contrarias.

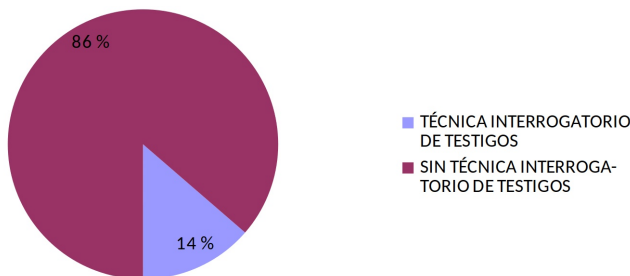
Con relación al interrogatorio, el sesgo de confirmación puede relacionarse con la manera de formular las preguntas. Una vez influenciado por el sesgo de confirmación, el investigador tenderá a formular las preguntas que expresen, aunque sea en forma inconsciente su visión del tema. Y ello puede influir sobremanera en la declaración, sobre todo mediante las preguntas tendenciosas; esto es: preguntas que buscan que el testigo confirme lo que el investigador pretende, consciente o inconscientemente (De Paula Ramos, 2016: 136-137).

Resulta particularmente interesante ver –sobre todo a partir del enfoque la Defensa tuvo al plantear sus cuestionamientos– como estos aspectos epistemológicos y de psicología del testimonio no pasaron inadvertidos a la Defensa.

Y obligaron a la SCJ a incursionar en este terreno estrictamente epistemológico. La Corte toma una tesis deflacionada sobre la centralidad del relato libre. Y no le resulta invalidante el hecho de que las víctimas hayan tenido una introducción por parte de las Psicólogas de Aldeas Infantiles previamente a declarar en la investigación interna que fue una pieza capital de la prueba de cargo.

Fuera de ese caso particular, nuestro trabajo de campo relevó, de una muestra de procesos seleccionados, aquellos en los que se emplearon técnicas específicas de entrevista, de aquellos en los que el interrogatorio se estructuró informalmente.

Figura 4: Uso de técnicas de interrogatorio de testigos



Cabe agregar que los casos en que utilizaron técnicas de interrogatorio refieren exclusivamente a cuestiones vinculadas a menores, por lo que la ausencia de técnicas de interrogatorio estructuradas en el resto de los procesos es total.

5.4 Observación directa

La muestra de sentencias y expedientes no contuvo ningún caso en el que se efectuara una inspección judicial. Es indudable que deben existir casos en este sentido, pero la no aparición de ningún caso en la selección realizada es un fuerte indicador de que se trata de una práctica probatoria muy poco frecuente en Uruguay.

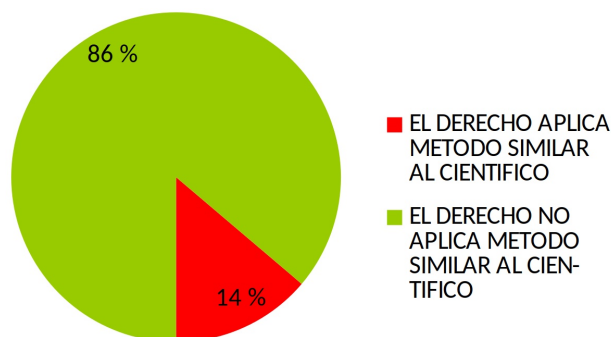
Este hecho tiene como posible explicación que, en la enorme mayoría de los casos, los procesos tienen por objeto hechos ya consumados que han dejado escasos rastros relevantes a la fecha de producción de la prueba.

Sin embargo, y si bien no puede clasificarse estrictamente como observaciones directas, las observaciones sobre recolección de evidencias físicas que realiza la policía en las causas penales tiene una semejanza relevante con la observación científica. Esto resulta particularmente ilustrativo en la Sentencia N° 92/2020 de la Suprema Corte de Justicia, donde la Corporación se fundamentó en elementos de prueba directa para imponer una condena por un homicidio. Todas las evidencias materiales (prueba material), si bien no habían sido reconocidas en el juicio oral, daban cuenta de la identidad de los actores. La Corte privilegió en ese caso la observación directa de la policía así como la coincidencia entre los efectos habidos y la prueba testimonial, por sobre otros extremos.

5.5 La visión de los juristas

En las entrevistas, por su parte, se relevaron las creencias de los juristas profesionales sobre estas cuestiones. En cuanto a la valoración de los métodos que en los hechos se aplican en los procesos en Uruguay, el resultado es el siguiente:

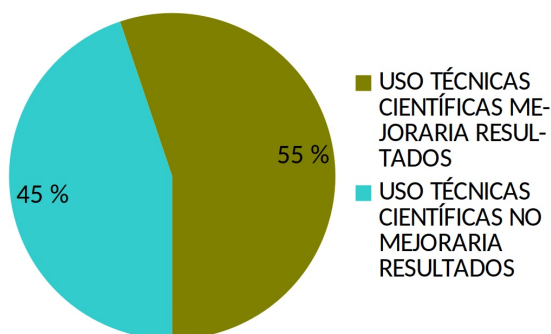
Figura 5: Creencia de los juristas acerca de la semejanza entre la producción de la prueba y los métodos científicos



Una amplia mayoría de los juristas entiende, pues, que la práctica probatoria en los procesos en Uruguay está lejos de los métodos científicos de recolección de evidencias y observación.

Por otro lado, y en cuanto a la posibilidad de mejorar los resultados de los procesos en caso de incorporarse, en alguna medida, metodologías provenientes de otras disciplinas, el resultado fue el siguiente:

Figura 6: Creencias de los juristas acerca de los efectos de la adopción de métodos científicos en la producción de pruebas



Si bien también en este punto hay una mayoría de opiniones favorables a las ventajas de incorporar métodos provenientes de la ciencia en la práctica judicial, el hecho de que un porcentaje considerable de los juristas entiendan lo contrario tiene consecuencias importantes para la introducción de formación en la materia.

5.6 Algunas conclusiones

Si bien las limitaciones institucionales constituyen obstáculos importantes para la adopción por la práctica judicial de métodos científicos en toda su intensidad, dichos límites permitirían de todos modos un gran margen para la adopción, en la producción de la prueba judicial, de métodos con un alto grado de sistematicidad, derivados de los métodos científicos o contruidos especialmente con fines judiciales aprovechando la experiencia de las ciencias. De hecho, la lectura de textos extranjeros reveló que otras prácticas judiciales han incorporado en gran escala y con éxito dichos métodos, particularmente en materia penal (Aitken y Taroni 2004).

En la práctica judicial uruguaya, sin embargo, la incorporación de métodos sistemáticos es menor y fragmentaria, aunque no nula. Este rasgo merece, a nuestro juicio, revisarse, ya que no puede dudarse del valor de esos métodos para generar conocimiento de calidad, por lo que sería altamente recomendable que la formación profesional de los jueces, e inclusive la enseñanza curricular de grado en Derecho incluya una o más asignaturas referidas a estos temas. No obstante, debe tenerse presente que un porcentaje muy relevante de juristas (ver Figura 6) descrea de la utilidad de emplear estos métodos, lo cual abre un margen de duda importante en cuanto a la aceptación de cambios curriculares en dicho sentido.

El campo donde es más visible el avance en materia de metodología de la prueba es en el del interrogatorio de testigos, pero circunscripto a casos muy específicos: menores interrogados por técnicos fuera del ámbito físico de las sedes judiciales. Sin perjuicio de que no sería razonable excluir la participación de terceros expertos en la interrogación de testigos que requieren un trato muy especial, como menores en general y víctimas de delitos en general, el relevamiento sugiere que si los jueces, en primer lugar, y los abogados en general, recibieran alguna formación en materia de interrogatorio, ello podría mejorar la calidad epistémica de los procesos y sentencias en general.

En el terreno del análisis de documentos, por su parte, hay un importante camino para recorrer, ya que –como se señaló en 5.2, los métodos básicos en la mate-

ria son de aplicación relativamente simple, asequible mediante un aprendizaje de implementación no compleja. En cuanto a la observación directa, por su parte, nuestra conjetura es que los casos en los que podrían practicarse inspecciones judiciales son más numerosos que aquellos en los que hoy se practican, por lo que también podría reforzarse su empleo mediante aprendizajes específicos de los jueces.

Cabe indicar que la metodología de producción de pruebas se entrelaza, casi hasta confundirse, con las inferencias probatorias, por lo que varias de las cosas que se dirán en el capítulo siguiente forman un continuo analítico y práctico con lo que venimos de ver.

6. El problema lógico: ¿cuáles son las inferencias que se realizan en materia de prueba judicial, y cuáles son los estándares de su validez?

6.1 Introducción

El marco teórico sobre las inferencias probatorias puede dividirse en dos grandes secciones.

En primer lugar, en la literatura teórica sobre prueba de habla española e italiana ha tomado fuerza la idea de que el razonamiento probatorio judicial no encaja ni en la estructura de una deducción ni de una inducción, sino en la *abducción*, tal como fue propuesta por el lógico norteamericano Charles S. Peirce (Tuzot 2014; Bonorino 2014; Peirce s.f.). Este tipo de argumento podría definirse como el pasaje de un enunciado individual, o un conjunto de enunciados individuales, a otro enunciado individual, sin la utilización de un conjunto limitado de reglas para dicho pasaje, como sucede en la inducción en sentido estricto.

Nuestra investigación reveló que pueden existir al menos dos propuestas lógicas, además de la abducción, que podrían ser útiles para explicar el razonamiento judicial en materia de pruebas. Como advertirá el lector, más que estructuras lógicas se trata de descripciones estilizadas de una forma de argumentar desde evidencias hasta conclusiones fácticas. Una es la idea de *conjetura*, que según Popper es la forma de argumentar propia de la ciencia: a partir de un conjunto de evidencias desnudas, expresadas mediante enunciados observacionales, se formulan enunciados hipotéticos basados en un marco teórico general, que luego son sometidos a crítica mediante pruebas posteriores, sean observaciones o experimentos (Popper 2003: 57 y ss.). La otra concepción, que ha tenido un cierto arraigo en la teoría general apli-

cada a las pruebas judiciales, es la de *heurística*, entendida como un método de procesamiento de pruebas. En pocas palabras, se dice que consistiría en el procedimiento mediante el cual un cúmulo de pruebas se encuadran en un modelo de explicación racional aprendido de antemano, generalmente a partir de la experiencia informal del juez (o el jurado, en el contexto judicial de Estados Unidos), para producir una decisión sobre los hechos (Hastie & Witterbink 2006).

Otro enfoque de las inferencias probatorias es el derivado de las nociones de “ciencia básica”, “tecnología” y “técnica”, desarrollado por Bunge (Bunge 1984). Recordemos que para este autor el conocimiento científico se transforma: desde las explicaciones puramente teóricas (ciencia básica), se desarrollan programas de acción práctica (tecnología o ciencia aplicada), que desembocan en acciones concretas y cotidianas de solución de problemas (técnica). Más allá de las discusiones acerca del estatus epistemológico de las generalizaciones de la dogmática jurídica en materia de hechos, esta estratificación del conocimiento científico sugiere un paralelo en la labor dogmática como auxilio a los jueces y juristas prácticos en materia de hechos, que se desarrollará en 6.3.

Finalmente, otro aspecto advertido en la investigación fue el uso de la probabilística, tanto en su versión epistémica, esencialmente vinculada a la estadística, como en su versión propiamente lógica, como estructura de inferencia que podríamos llamar “deducción débil”, ya que la premisa mayor no es aceptada en forma absoluta (Carnap 1950: 19 y ss.). La aplicación tanto de su vertiente estadística como de su vertiente lógica han sido ampliamente discutidas en el plano teórico, particularmente en Estados Unidos, donde existe un enfoque interdisciplinario verdaderamente interesante, en el que se cruzan la epistemología, la lógica, la teoría matemática, la teoría del Derecho y otras disciplinas, al punto de divulgarse la idea de que existe una “ciencia forense” (*forensic science*) como resultado de ese cruce. Por un lado, el uso de la estadística y la probabilística se ha defendido sobre la base de que la práctica judicial requiere algún grado de compromiso epistémico, siquiera débil, con la “verdad como correspondencia” (Enoch & Fisher 2015: 571 y ss.; (Allen & Leiter 2001: 11). Por otro lado también se ha propuesto un uso sólo lógico de los modelos probabilísticos, como formalizaciones de un razonamiento probatorio basado en cualquier tipo de pruebas (Urbaniak y Janda 2020).

Las objeciones más serias al uso de la probabilística deriva no tanto de su aplicación como modelo de razonamiento, sino en relación con el valor de la estadística, la que invariablemente refiere a grupos, cuando la decisión judicial siempre

conciene a un caso individual, cuya subsunción en una tendencia estadística siempre es problemática. (Haack 2004: 62). Una objeción –a nuestro juicio– más débil a la probabilística es la sugerida por Taruffo, que entiende que el uso de herramientas lógicas para formalizar un razonamiento (concretamente menciona al teorema de Bayes) puede ser una estrategia para velar la subjetividad de la decisión (Taruffo 2008: 31-32). Ciertamente que ese riesgo existe, pero todo depende de los supuestos y el contexto en que se usen dichas herramientas: si queda claro que ellas sólo son auxiliares para sistematizar un razonamiento, pero que no tienen en sí un valor epistémico, no deberían desecharse por completo.

Sin perjuicio de lo anterior, hay dos elementos de los razonamientos judiciales que se vinculan con la probabilística y que tienen un papel auxiliar en la determinación de las premisas fácticas de una decisión judicial. Una es la proposición de *hipótesis alternativas*, esto es, situaciones de hecho que también pueden ser la explicación de las pruebas recogidas y que rivalizan por recibir el crédito de darse por ciertas. De algún modo la simple controversia de los hechos por las partes supone la existencia de al menos dos hipótesis alternativas sobre el punto controvertido, a las que deben agregarse otras que el juez puede proponer a los efectos de una asignación de probabilidades. Otro rendimiento importante es la posibilidad de incluir hechos hipotéticos futuros como sustento fáctico de la decisión. Este elemento es importante puesto que las decisiones judiciales no sólo versan sobre hechos pasados, sino también sobre hechos eventuales; para citar sólo un caso claro, tal es lo que sucede en una condena civil por lucro cesante.

6.2 Los modelos lógicos en la práctica judicial uruguaya

En la práctica judicial se observan algunas sentencias que recurren en su justificación a determinados marcos teóricos. Por ejemplo, para fundar inducciones (incompletas) amplificadas que se emplean habitualmente bajo el expediente de “reglas de la experiencia”, para sustentar razonamientos probatorios y llegar a conclusiones probatorias.

El aspecto más destacable del trabajo de campo de la investigación es la ausencia, en la mayoría de los casos, de esquemas de razonamiento explicitados. Con esto no nos referimos a la proposición como tales de modelos de inferencia, y menos todavía a su formalización simbólica, sino a elementos más sencillos que transparenten la secuencia que une las pruebas con las conclusiones sobre hechos, como por ejemplo la inclusión de premisas generales o una deducción identificable. Los resul-

tados en ese sentido son los siguientes:

Figura 7: Inclusión expresa de un razonamiento deductivo

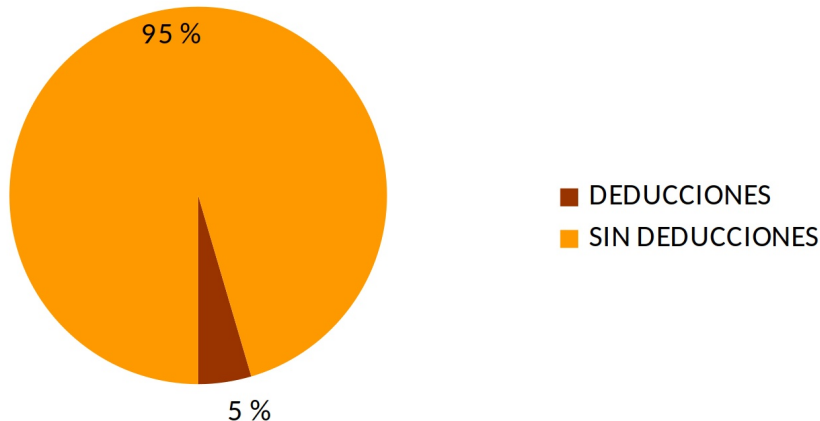
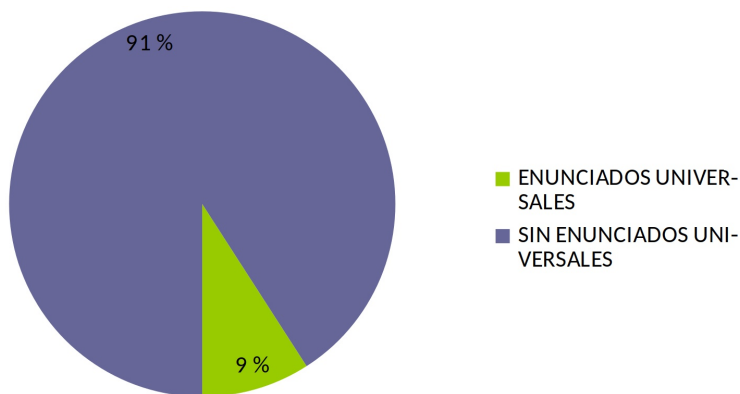
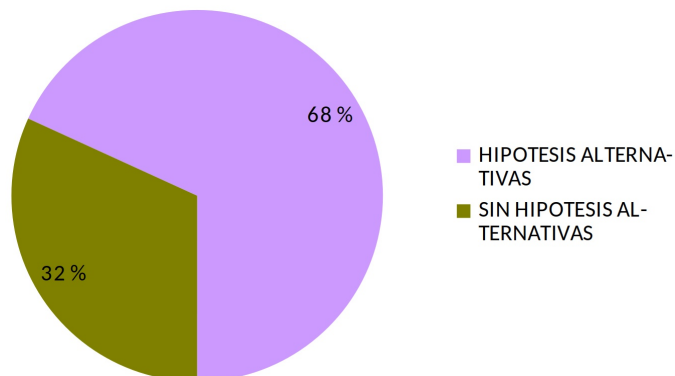


Figura 8: Inclusión de la menos un enunciado universal para justificar la conclusión sobre hechos



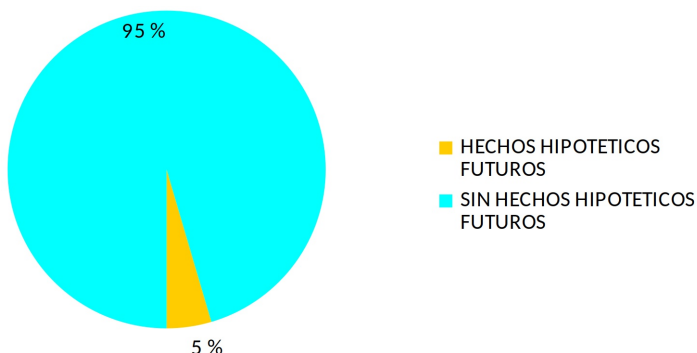
En cuanto al uso de herramientas probabilísticas en la argumentación sobre hechos, las mismas están prácticamente ausentes de los razonamientos de la práctica judicial uruguaya. El único aspecto vinculado con la probabilística que se detectó en algunas sentencias (si bien en un porcentaje menor) es la proposición de *hipótesis alternativas*, esto es, de explicaciones y conclusiones no compatibles entre sí a partir de las pruebas producidas, eligiendo entre ellas una como “cierta” a efectos de la decisión. Ese relevamiento se muestra en el siguiente cuadro:

Figura 9: Introducción de hipótesis alternativas en el contenido de la sentencia



Otro aspecto importante a destacar es la proposición de hechos hipotéticos futuros, los cuales, en el total del universo de sentencias relevadas es reducido. Debe notarse, de todos modos, que las sentencias relevadas no abarcan ejemplos canónicos de hecho hipotético ya mencionado (el lucro cesante), sino que se trata de sentencias sobre otro tipo de cuestiones, en los que los hechos hipotéticos de introdujeron como posibles consecuencias futuras del propio fallo. Con esa aclaración, obsérvese el gráfico resultante:

Figura 10: Inclusión de hechos hipotéticos futuros como supuesto de la decisión



Otro aspecto que en definitiva atañe al razonamiento probatorio, es la vinculación entre la prueba producida y el hecho inferido. Esta cuestión, que los juristas suelen denominar “prueba directa” y “prueba indirecta”, dependiendo de la relación inmediata o mediata entre pruebas y hecho inducido, lógicamente hablando es un tema referido al grado de inducción. En el trabajo de campo se observó, como lo muestran los gráficos que siguen, una clara diferencia entre las preferencias conceptuales de los juristas y la práctica judicial en Uruguay:

Figura 11: Prueba directa o indirecta en las sentencias relevadas

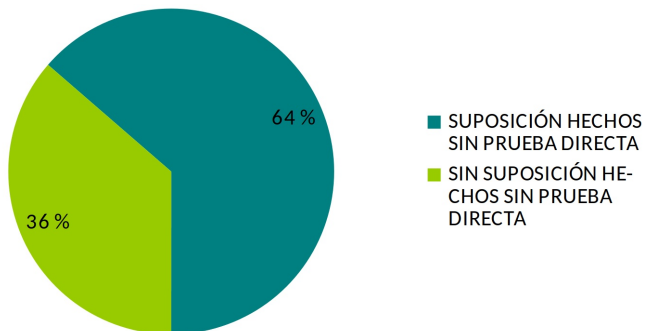
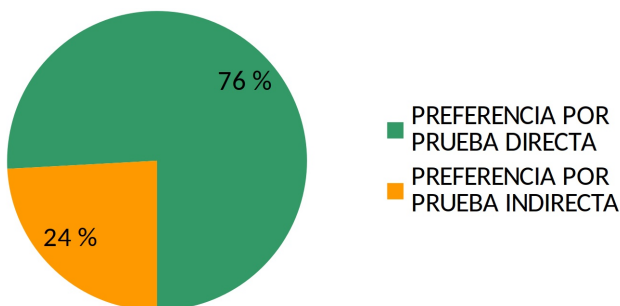
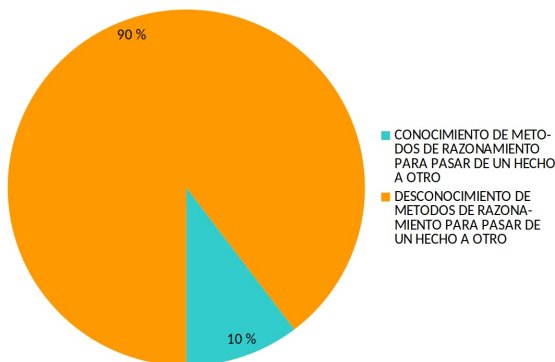


Figura 12: Preferencia de los juristas por la prueba directa o indirecta



Finalmente, el trabajo de campo relevó el conocimiento de los juristas uruguayos acerca de las formas lógicas de razonamiento que permiten pasar de la prueba de ciertos hechos a la afirmación de otros hechos. El resultado es el siguiente:

Figura 13. Conocimiento por los juristas de formas de inferencia sobre cuestiones de hecho



6.3 Sistematización de inferencias: patrones de relación entre pruebas y conclusiones

Una posible sistematización de las inferencias en materia de prueba podría consistir en la construcción de guías de acción para elencos de casos frecuentes. La confección de estas guías requeriría, en primer lugar, la enunciación de uno o más tipos de “hechos a probar”, que deberían tener cierto grado de reiteración y no constituir situaciones aisladas o excepcionales. En segundo lugar, y quizás con ayuda de herramientas estadísticas (ver 6.4), se elaborarían “hechos de primer grado” o evidencias en sentido estricto, que se asocian regularmente con el tipo de hecho a probar. Estas guías, que naturalmente no tendrían carácter obligatorio, podrían ser útiles para la resolución de casos similares en el futuro y también para prever el resultado de los procesos por los abogados prácticos, en la medida en que su elaboración sea rigurosa.

Estas guías de decisión son usuales en las tecnologías derivadas de las ciencias descriptivas, como en la medicina. En efecto, se ha indicado que la labor probatoria en el proceso tiene una semejanza metodológica con las prácticas clínicas: ambas implican el relevamiento de evidencias concretas (síntomas o pruebas según el caso), para construir, a partir de generalizaciones dadas en literatura especializada, soluciones para el caso particular (diagnóstico o sentencia, respectivamente) (Menashe 2008).

En materia de pruebas judiciales en América Latina falta, pues, esa literatura que establezca criterios generales para guiar la recolección y el análisis de la prueba, lo cual es en parte una cuestión metodológica y en parte se ubica en el campo de las inferencias sobre hechos, de las que nos ocuparemos en el capítulo siguiente. Históricamente algún sector de la dogmática ha cumplido una función de esta índole; por ejemplo, algunos dogmáticos civiles enumeran “indicios de simulación” que son, en definitiva.

7. Conclusiones a las que se arribó

Sin perjuicio de que existen divergencias entre los investigadores respecto de algunas explicaciones que pueden desprenderse de la investigación, existe consenso en las siguientes conclusiones:

—La práctica judicial no utiliza para la producción de pruebas métodos que sean aceptables desde el punto de vista de las disciplinas científicas, si bien en algunas técnicas han comenzado a ser utilizadas en ciertas áreas específicas, como por ejemplo las técnicas especiales de entrevista para el interrogatorio

de menores en cuestiones de familia o penales.

En Uruguay son escasas (aunque no inexistentes) las sentencias que utilizan herramientas de argumentación o inferencia en materia de hechos que sean lógicamente consistentes.

—Las “reglas de la sana crítica” mencionadas en el Código General del Proceso como criterio de valoración de la prueba, son, lógicamente, premisas mayores en argumentos formalmente probabilísticos, en los que la premisa mayor está sostenida por creencias informales adoptadas por el juez por diversos medios.

—No existen creencias generalizadas en la comunidad jurídica acerca del status epistemológico del tipo de conocimiento que genera la práctica judicial, ni del tipo de razonamiento que realizan los jueces, ni de que la adopción de métodos de producción de prueba y modelos de inferencia lógicamente fundados mejore el desempeño judicial. No obstante, si se divide a los juristas por sectores de actividad existen marcadas diferencias sobre estos puntos. Por ejemplo, en cuanto al estatus epistemológico del conocimiento judicial de los hechos, la mayoría de los jueces, y los juristas que ejercen su profesión en instituciones estatales, predomina la creencia de que la práctica judicial produce un conocimiento asimilable al científico; entre los juristas académicos y los juristas prácticos privados, predomina claramente el punto de vista inverso.

—En la misma línea de conclusiones, se observa que los jueces ejercen una defensa clara de la solidez cognoscitiva y lógica de sus prácticas, y se muestran más reacios a la adopción de herramientas provenientes de la práctica científica y la lógica. Por su parte, el resto de los juristas advierte la distancia entre las prácticas probatorias y las prácticas científicas, así como entre la “verdad” como correspondencia y la afirmación de un hecho por parte de un juez en una causa.

—La enorme mayoría de los juristas desconoce la existencia de instrumentos metodológicos o lógicos provenientes desde fuera del discurso jurídico que serían conceptualmente aplicables a la práctica judicial. Por ejemplo, ningún entrevistado refirió a la estadística, y sólo uno conocía los intentos de aplicar la noción de abducción de Peirce al razonamiento judicial.

—Incluso dentro del grupo de juristas que cree que la práctica judicial mejoraría si incorporara métodos y técnicas de inferencia provenientes de otras disciplinas, no se menciona el estado actual de cosas en materia de cognición y argumentación sobre hechos como una circunstancia que comprometa la legitimidad del sistema judicial, ni al Derecho en general.

Bibliografía

- Aitken, C.G.G. y Taroni, F. (2004). *Statistics and the Evaluation of Evidence for Forensic Scientists*. John Wiley & Sons.
- Allen, R., Leiter, B. (2001). *Naturalized Epistemology and the Law of Evidence en Northwestern University School of Law, Public Law and Legal Theory Papers*, (33). Disponible en <https://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1078&context=nwwps-plltp>
- Angell, R. y Freedman, R. (1992). El uso de documentos, registros, materiales censales e índices, en L. Festinger y D. Katz (Comp.), *Los métodos de investigación en las Ciencias Sociales*. Paidós, Barcelona.
- Barrios de Angelis, D. (1989). *El proceso civil. Código General del Proceso*. Idea, Montevideo.
- Bonorino, P. (2014). Ni deducción ni inducción: abducción en J. García Amado, et al, *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho*. Comares, Granada.
- Bunge, M. (1984). *Ciencia básica, ciencia aplicada, técnica y producción. Diferencias y relaciones*. *Ciencia y sociedad*, IX (2).
- Carnap, R. (1950). *Logical Foundations of Probability*. University of Chicago Press, Chicago.
- Cohen, M. & Nagel, E. (1993). *Introducción a la lógica y al método científico*, tomo I, Amorrortu, Buenos Aires.
- Cohen, L. J. (2011). *The Probable and the Provable*. Oxford University Press, Oxford.
- Courtis, C. (2006). El juego de los juristas. Ensayos de caracterización de la investigación dogmática en C. Courtis, et al., *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Trotta, Madrid.
- Couture, E. (1981). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Depalma, Buenos Aires.
- Davidson, D. (1997). *Estructura y contenido de la verdad*. Tecnos, Madrid.

- Dummet, M. (1978). *Truth and other enigmas*. Harvard University Press, Cambridge.
- Enoch, D. y Fisher, T. (2015). Sense and ‘sensitivity’: Epistemic and Instrumental Approaches to Statistical Evidence. *Stanford Law Review*, (67).
- García Amado, J. A. (2014). Elementos para el análisis de la prueba y del razonamiento probatorio en Derecho en J. A. García Amado; P. R. Bonorino (Coords.). *Prueba y razonamiento probatorio*. Comares, Granada.
- García Amado, J. A., Bonorino, P. R. (Coords.) (2014). *Prueba y razonamiento probatorio*. Comares, Granada.
- Gamarra, J. (2006). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXII, Vol. 4º, Parte VI, FCU, Montevideo.
- Gascón Abellán, M. (2004). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Marcial Pons.
- Haack, S. (2014). *Legal probabilism en Evidence Matters*. Cambridge University Press, Nueva York.
- Habermas, J. (2002). *Verdad y justificación*. Trotta, Madrid.
- Hastie, R. y Witterbrink, B. (2006). Heuristics for applying law to facts en Gigerenzer & C. Engel (Eds.), *Heuristics and the Law*. The MIT Press, Cambridge (Massachusetts).
- Horvich, P. (1998). *Truth*. Blackwell, Oxford.
- Kennedy, D. (1997). *A Critique of Adjudication*. Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts).
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo de epistemología jurídica*. Marcial Pons, Madrid.
- Luhmann, N. (1983). *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

- Luhmann, N. (1996). *La ciencia de la sociedad*. Universidad Iberoamericana-ITESO-Anthropos, México.
- Mazzoni, G. (2010). *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Trotta, Madrid.
- Menashe, D. (2008). Is judicial proof of facts a form of scientific explanation? A preliminary investigation of 'clinical' legal method. *The International Journal of Evidence and Proof*, 12 (1). DOI:10.1350/ijep.2008.12.1.285
- Nino, C. (1989). *El constructivismo ético*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Popper, K. R. (2003). *Conjeturas y refutaciones*. Paidós, Barcelona.
- Popper, K. R. (2005). *Conocimiento objetivo*. Tecnos, Madrid.
- Putnam, H. (2000). *Sentido, sinsentido y los sentidos*. Paidós, Barcelona.
- Rorty, R. (2001). *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, Cátedra, Madrid.
- Sarlo, O. (2006). *El marco teórico de la investigación dogmática en C. Courtis (Coord.), Observar la ley. ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta, Madrid.
- Tarski, A. (1969). *Verdad y demostración*, en *Publicaciones del Ciclo Básico Común, Facultad de Filosofía y Letras de la UBA*, Buenos Aires.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Marcial Pons, Madrid.
- Tuzot, G. (2014). *Usos jurídicos de la abducción*, en García Amado, Juan Antonio et al.: *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho*, Comares, Granada.
- Urbaniak, R. y Janda, P. (2020). Probabilistic models of legal corroboration. *International Journal of Proof and Evidence*, 24 (1).
- Van Dijk, T. (2005). *Ideología y análisis del discurso*, en *Utopía y praxis latinoamericana*, 10(29), p.10, Maracaibo.

Wróblewski, J. (2003). Sentido y hecho en el derecho. Fontamara, México

Notas

¹ Introducimos esta limitación geográfica al alcance de la práctica dogmática procesal puesto que el discurso académico interno de los Estados Unidos históricamente ha tenido una vinculación más cercana con disciplinas no jurídicas, como la probabilística (tanto en su versión lógica como epistémica) o la psicología, entre otros. En las últimas décadas esta tendencia ha comenzado a tener cierta repercusión en la dogmática y en la práctica judicial de Europa occidental, pero su influencia es mucho menor en nuestro continente.

² Desde luego que la literatura dogmática sobre la valoración de la prueba y sus “reglas” es vastísima. Nos limitamos por lo tanto a dos autores que son referentes latinoamericanos en la materia y que llevaron –especialmente Couture– a un grado importante de desarrollo el enfoque dogmático del problema.