PADF

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

PADF

FUNDACIÓN PANAMERICANA PARA EL DESARROLLO

PADF

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.

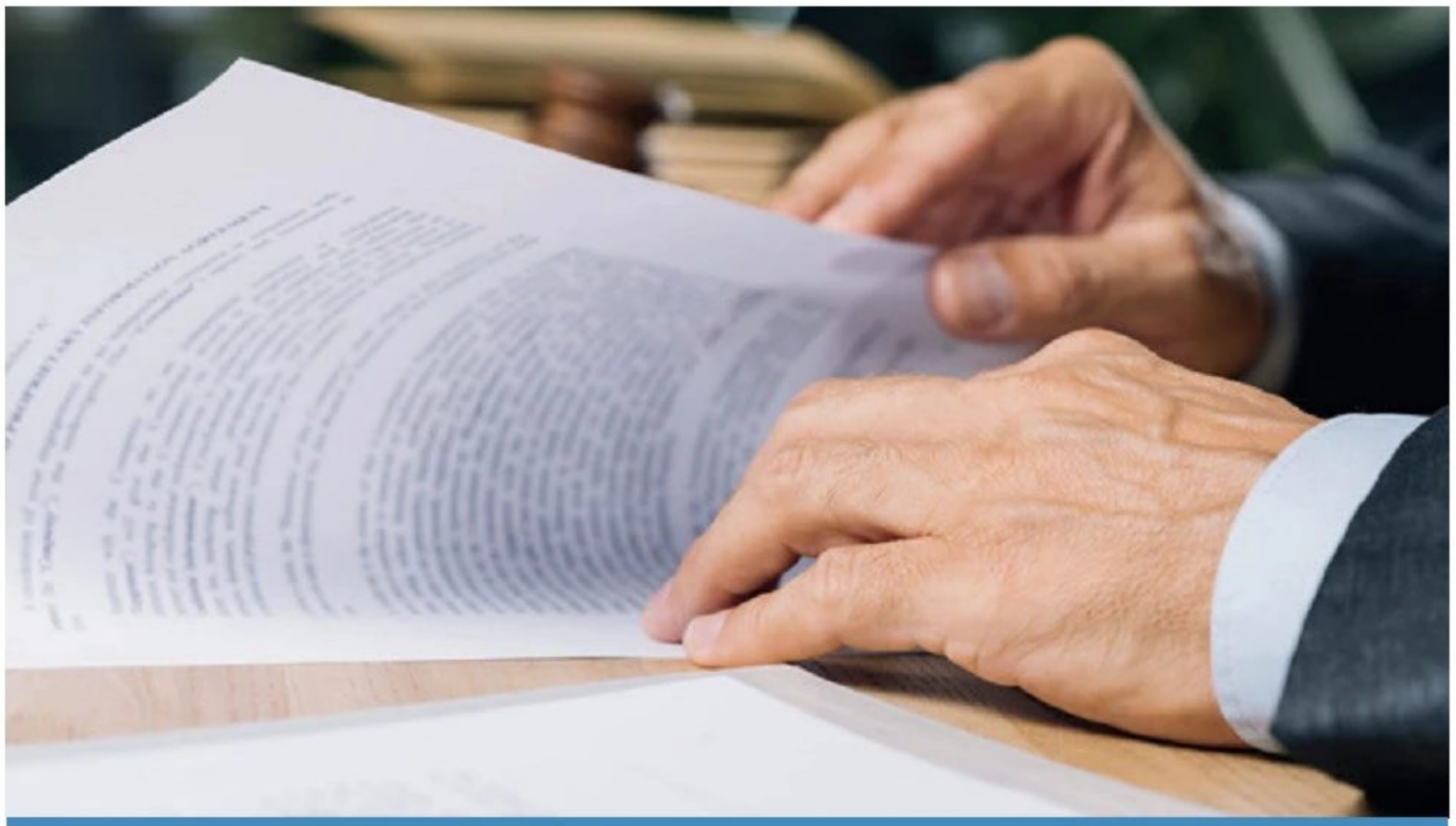
Por tal razón, en el ámbito jurídico internacional se ha exhortado a los países a considerar que el conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo puedan inferirse a partir de circunstancias fácticas objetivas (Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional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

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.

PADF
FUNDACIÓN PANAMERICANA PARA EL DESARROLLO

CONTENIDO

1.	**Teoría general de la prueba penal**	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
2.	**La prueba indiciaria**	29
2.1.	¿Qué es un indicio?	29
2.2.	La validez legal del indicio	31
3.	**Elementos del indicio**	33
3.1.	El hecho indicador	33
3.2.	El hecho indicado	34
3.3.	El nexo de causalidad	35
4.	**El indicio frente a otros conceptos similares**	37
4.1.	Diferencia entre el indicio y la presunción	37
4.2.	Diferencia entre el indicio y la sospecha	39
5.	**Aplicación práctica del indicio**	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
Referencias		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 atribuírsele 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*[1], 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.[2]

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).[3] 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 abordan los problemas procesal-penales, partir de una revisión de los conceptos fundamentales que se realiza mediante el recurso a la filosofía analítica,[4] al estructuralismo[5] o al funcionalismo.[6] 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 prolija 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 incuestionable 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 si" 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.[7]

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[8] 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. [9]

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.[10] 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.[11] No obstante, admitir una consideración semejante no debe llevar a defender posturas radicalmente subjetivistas,[12] en el sentido de afirmar que las decisiones judiciales están, en la práctica, determinadas única 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.[13] 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".[14] Si bien es cierto que un testimonio es un medios 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.[15]

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 inconmensurable 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 Nietzche (1967, Pág. 61) al respecto, cuando dice: "¡Hombres desengañados, 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, ¡oh 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 wheter five common cognitive illusions –anchoring, framnig, hindsight bias, inverse fallacy, and egocentric bias – would influence the decision making of a sample of 167 federal magistrate judges. We administrered 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 psiquis 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,[16] 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 'tropezamos' 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 humanos, 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".[17] 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.[18]

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[19] 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).[20]

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 llegarse 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.* [21]

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 especifico 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 crear 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 esta 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.