

LIBRE CONVENCIMIENTO JUDICIAL Y VERDAD: CRÍTICA HERMENÉUTICA A LAS TEORÍAS DE FERRAJOLI, TARUFFO Y GUZMÁN

*Free judicial assessment and truth: hermeneutic critique of
the theories of Ferrajoli, Taruffo e Guzmán*

Lenio Luiz Streck¹

Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Universidade Estácio de Sá.

Luã Nogueira Jung²

Universidade Estácio de Sá.

Sumario: 1. Introducción; 2. *La verdad en el proceso: los argumentos de Ferrajoli, Taruffo y Guzmán*; 3. Puntos de divergencia: el lenguaje como condición de posibilidad epistémica; 4. Consideraciones finales; 5. Bibliografía.

Resumen: El presente texto, realiza un análisis acerca de los presupuestos teóricos que defienden el concepto de libre convencimiento judicial en la legislación y en el imaginario del derecho brasileño. Con este objetivo, tras la introducción, en que se presenta de modo sintético una cronología del instituto en la legislación brasileña, se realiza, en el segundo tópico, un análisis de los abordajes de Luigi Ferrajoli, Michele Taruffo y Nicolás Guzmán acerca del tema. A partir de la exposición de presupuestos teóricos comunes a estos autores, se desarrolla en el tercer tópico una crítica a sus ideas que mantienen la defensa del libre convencimiento. Tal crítica está desarrollada bajo el plan de fondo de la hermenéutica filosófica en diálogo con otras corrientes. Por fin, se concluye que la defensa teórica del concepto de libre convencimiento se revela insuficiente delante de los contra-argumentos presentados, y se sugiere un nuevo modelo de racionalidad judicial pautado por la necesidad epistémica y política de justificación.

Palabras-clave: Libre convencimiento judicial; positivismo; hermenéutica filosófica; crítica hermenéutica del derecho; decisión judicial.

Abstract: In the present text, an analysis about the theoretical assumptions that support the concept of free judicial assessment in the legislation and in the imaginary of Brazilian law is carried out. With this objective, after the introduction, in which a chronology of the institute in Brazilian legislation is presented, in the second topic, an analysis of the approaches of Luigi Ferrajoli, Michele Taruffo and Nicolás Guzmán on the subject is developed. From the exposition of theoretical assumptions common to these authors, the third topic develops a critique of their ideas that support the defense of free assessment. Such criticism has as background the dialogue between

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC) con posdoctorado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa (FDUL). Profesor titular de la Universidad del Vale Rio de los Sinos (UNISINOS/RS) y de la Universidad Estácio de Sá (UNESA/RJ). Cordinador del Dasein — Núcleo de Estudios Hermenéuticos.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8267-7514>

E-mail: lenio@professorstreck.com.br.

² Doctor y maestro en Filosofía por la Pontificia Universidad Católica del Rio Grande do Sul (PUCRS). Postdoctorado en Derecho Público por la Universidad del Vale Rio de los Sinos (UNISINOS). Profesor titular de la Universidad Estácio de Sá (UNESA/RJ). Miembro del Dasein - Núcleo de Estudios Hermenéuticos. Abogado.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5759-8945>

E-mail: lnogueirajung@gmail.com

philosophical hermeneutics and other contemporary currents. In the end, it is concluded that the theoretical defense of the concept of free assessment proves to be insufficient in the face of the counter-arguments presented and a new model of judicial rationality is suggested, guided by the epistemic and political claim for justification.

Keywords: Free judicial assessment; positivism; philosophical hermeneutics; hermeneutic critique of law; judicial decision.

1. INTRODUCCIÓN

Entre tantos mitos que estructuran el discurso jurídico y, particularmente, el discurso acerca de la actividad judicial, es notable aquel relativo a la decisión judicial y a la transformación de su paradigma teórico a lo largo de la historia. Esa narrativa es tan difundida cuanto poco profundizada. Al analizar la doctrina, se percibe una tríade de sistemas de decisión: del arbitrio interpretativo, pasando por el rigorismo exegético y llegando al sistema vigente del libre convencimiento motivado. Naturalmente, la historia así dicha no corresponde al desarrollo teórico jurídico-filosófico y tan poco a los conflictos hermenéuticos explícitos o implícitos en las distintas teorías acerca de la decisión judicial y de la evaluación de las pruebas. Como afirma Taruffo, por ejemplo,

la difusión del principio de la obligatoriedad de la motivación en nivel europeo, que como fenómeno global se pone en un momento histórico bien determinado, difícilmente puede ser considerada como el desagüe y la consecuencia unitaria de premisas homogéneas, respectivamente individualizables en términos análogos en diversos ordenamientos procesuales en la Europa continental. Eso vale no sólo en referencia a las situaciones preexistentes al período indicado como decisivo cuanto al problema en examen, sino también y especialmente con relación a las modalidades con que ese es enfrentado y resuelto por los legisladores de la segunda mitad del siglo XVIII³.

Em Brasil, las Ordenaciones Alfonsinas (1446 a 1514) no traían ninguna exigencia de fundamentación de las decisiones judiciales. Tal previsión, todavía, pasó a estar contenida en las Ordenaciones Manuelinas (1521 a 1595) y Filipinas (1603 a 1916)⁴. El §7º, del Título LXVI, del Libro III de las Ordenaciones Filipinas, por su vez, determinaba que "todos nuestros jueces y cualesquiera otros Juzgadores, ora sean Letrados, ora no lo sean, declaren específicamente en sus sentencias definitivas, así en la primera instancia, como en el caso de apelación, o agravo, o revista, las causas, en que se basaron a condenar o absolver, o a confirmar, o a revocar"⁵.

Cuanto al Código del Proceso Criminal de Primera Instancia del Imperio de Brasil, de 1832, una vez que las sentencias eran realizadas por el Tribunal del Júri y, por lo tanto, amparadas en íntima convicción, no se hacía referencia a la necesidad

³TARUFFO, M.A *motivação da sentença civil*, Marcial Pons, São Paulo, 2015, p. 280.

⁴ Se ve, en ese sentido, el dispositivo dispuesto en el Libro III, Título L, §6º de las Ordenaciones Manuelinas: El orden es, que de aquí por adelante todos nuestros Desembargadores, Magistrados de las Comarcas, y todos jueces 'Fóra', puesto que cada uno de los sobredichos Letrados no sean, y cualquier otro Juzgador, que Letrado fuera, que las sentencias definitivas posee, declare en sus sentencias (así en la primera instancia como en la causa d'appellaçam, o agravo, o en la causa de revista) la causa, o causas, por las cuales se proponen a condenar, o absolver, o a confirmar, o revogar, afirmando específicamente lo que se prueba, y cuáles causas del hecho se fundamentan para dar sus sentencias. *In: Ordenações Manuelinas. Livro III*, Disponible en: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>.

⁵Ordenações Filipinas, *Libro III*, disponible en: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>.

de motivación de las decisiones judiciales. Por otro lado, presentaba una jerarquía en cuanto a las pruebas, haciendo reflexionar el llamado sistema tarifado. Es lo que se concluye de la lectura de los artículos 92, 93, 94, 140 y 144, por ejemplo⁶ ⁷. Ya, en el Código de Proceso Penal de 1941, el libre convencimiento motivado se hace presente en los artículos 155 y 381, III, segundo los cuales el juez apreciará la prueba de manera libre, debiendo indicar los motivos de hecho y de derecho en que se fundamenta la decisión.

En el ámbito del proceso civil, el libre convencimiento motivado es previsto desde el Código de Proceso Civil de 1939, en su artículo 118, párrafo único, siendo tal dispositivo actualizado durante la vigencia del Código del Proceso Civil de 1973, en su artículo 131. A partir de la benéfica exclusión del libre convencimiento realizada por el nuevo Código de Proceso Civil de 2015, el artículo 371 del CPC 2015, correspondiente al artículo 131 del CPC 1973, se limita a prescribir que *"el juez apreciará la prueba constante de los autos, independientemente del sujeto que la tuviera promovido, e indicará en la decisión las razones de la formación de su convencimiento"*. Así,

con la retirada del libre convencimiento del CPC, el legislador encerró un ciclo. Desde el socialismo procesual (Menger, Klein, Büllow) se pensaba que el juez era el protagonista y que tenía libre convencimiento. En otras palabras, él era libre para decidir, desde que, después, hiciera una justificación, como si la justificación o motivación pudiera suplir el problema esencial que reside, exactamente, en la libre atribución de sentidos, corolario del paradigma de la subjetividad⁸.

Pese a retirada del libre convencimiento del texto del Código de Proceso Civil, la continuidad de tal instituto en el Código de Proceso Penal todavía da motivos al imaginario jurídico. Aunque tal persistencia legislativa tuviese fin por medio de una alteración o desarrollo de un nuevo código penal, todavía, la introducción de la idea de libre apreciación en las prácticas difusas y en las jergas judiciales es un hecho de nuestra cultura jurídica, una pre-concepción equivocada diseminada en el juego de lenguaje de los tribunales.

No pretendemos, todavía, reconstruir históricamente el referido instituto y sus predecesores, aunque tal tarea todavía sea urgente en se tratando del Derecho brasileño. Antes de una *explicación* sobre la sucesión legislativa, se busca una *comprensión* de la estructura teórica que mantiene el concepto de libre convencimiento y sus implicaciones. En que pese la diseminación del referido concepto en la doctrina y en la práctica, pocos o prácticamente ningún autor nacional

⁶Art. 92. Los documentos, para que puedan servir, deben ser reconocidos verdaderos por el juez o por el escribano público; Art. 93. Las cartas particulares no serán producidas en juicio sin el consentimiento de sus autores, salvo se presentaren pruebas contra los mismos; Art. 94. La confesión del reo en juicio competente, siendo libre, coincidiendo con las circunstancias del ocurrido, prueba el delito; pero, en caso de muerte, solo puede sujetarlo a pena inmediata, cuando no haya otra prueba; Art. 140. Presentada la reclamación o denuncia con el auto de cuerpo de delito, o sin él, no siendo necesario, el juez la mandará ser fichada, y procederá a la consulta de dos hasta cinco testigos que tengan noticia de la existencia del delito y de quien sea el criminoso; Art. 144. *Si por la consulta de los testigos, interrogatorio del indiciado delincuente, o informaciones, a que tuviera procedido, el juez se convencer de la existencia del delito y de quien sea el criminoso, declarará por su despacho en los autos que juzga procedente la petición o denuncia, y obligando el criminoso a la prisión, en los casos en que esta tiene lugar.* In: BRASIL. *Código del Processo Criminal de Primera Instancia de 1832*, disponible: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm

⁷Para un análisis histórico del Código del Proceso Criminal de Primera Instancia de 1832. In: PIERANGELLI, J.H. *Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas*, 1983.

⁸STRECK, L.L.; NUNES, D. & – DA CUNHA, L.C. *Comentários ao código de processo civil*, Saraiva São Paulo, 2017.

que trata del tema consigue exponer razones consistentes que justifiquen su vigencia^{9 10 11 12}.

Así, dirigimos en este artículo nuestra atención para lo que Michelle Taruffo y Luigi Ferrajoli, dos autores italianos influyentes en el contexto doctrinario brasileño, dicen a respeto. Como será expuesto, las concepciones de estos autores son sintetizadas por la publicación *La verdad en el proceso penal*, de Nicolás Guzmán. Por tanto, después de la reconstrucción de los argumentos de los autores referidos, en el próximo tópico, desarrollaremos un análisis crítico con el objetivo de evidenciar sus contradicciones teóricas que mantienen la defensa del libre convencimiento.

2. LA VERDAD EN EL PROCESO: LOS ARGUMENTOS DE FERRAJOLI, TARUFFO Y GUZMÁN

El problema acerca del adecuado sistema de evaluación de pruebas y de interpretación jurídica es, por sí, interdisciplinar. Podemos abordarlo bajo una perspectiva práctica: ¿Cuál metodología jurídica es pertinente delante de los principios constitucionales y del Estado Democrático de Derecho? ¿Cómo, en la actividad jurisdiccional, hacer valer el contradictorio y la amplia defensa o deber de fundamentación de las decisiones? Esas cuestiones, por su vez, están implacablemente vinculadas al tema de la responsabilidad política del poder jurídico. Tales preguntas de orden práctica guardan paralelo, como era esperado, con dudas de dimensión teórica que se pasan en el área de la teoría del conocimiento y pueden direccionarse a los más intrincados dilemas de orden metafísica.

Al final, ¿podemos hablar de verdad en el ámbito del proceso jurídico? Tal verdad, ¿corresponde apenas a la verificación de los hechos, o también engloba la interpretación de normas? Algunos juristas utilizan distinciones como verdad procesual en oposición a la verdad material. Otros hablan de verdad relativa en detrimento de la verdad real etc. Contudo, el tema de la verdad en el ámbito jurídico nos lleva a uno de los puntos centrales de la propia historia de la filosofía: la teoría de la verdad. Pues, el Derecho y la racionalidad jurídica no se constituyen como entes aislados de paradigmas que se forman en el horizonte de la historia humana. En ese sentido, afirma Luigi Ferrajoli en su prefacio a la obra de Nicolás Guzmán:

se comprende entonces hasta dónde el problema de la verdad en el juicio penal supone y remite a aquel otro, que es el problema central

⁹ Al consultar la doctrina, hay un cierto patrón discursivo que se repite, lo cual, todavía, no presenta consistencia teórica. Al comentar el art. 155 del CPP, Guilherme Nucci, por ejemplo, afirma que "Cuando forma su convicción, ella puede ser verdadera (correspondiente a la realidad) o errónea (no correspondiente a la realidad), pero jamás *falsa*, que es un 'juicio no verdadero'. Defender que el juez alcanzó una convicción falsa sería lo mismo que decir que el juzgador alcanzó 'una certeza incerta', lo que es un contrasenso". In: NUCCI, G. *Código de Processo Penal Comentado*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, p. 338.

¹⁰ Para Paulo Rangel, "la adopción del sistema del libre convencimiento es expresión de la voluntad del legislador, que da al juez libertad de actuar de acuerdo con *las pruebas* que se encuentran en los autos, pues, si no están en los autos, no existen en el mundo". In: RANGEL, P. *Direito processual penal*, Atlas, São Paulo, 2017, p. 523.

¹¹ Pacelli, por su vez, afirma que "el juez es libre en la formación de su convencimiento, no estando comprometido por cualquier criterio de valoración previa de la prueba, pudiendo optar libremente por aquella que le parezca más convincente. Un único testigo, por ejemplo, podrá ser llevado en consideración por el juez, aunque en sentido contrario a dos o más testigos, desde que en consonancia con otras pruebas". In: PACCELLI, E.D.O. *Curso de Processo Penal*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 328.

¹² Mismo Aury Lopes Jr., que expresa posición crítica cuanto al libre convencimiento, reproduce la idea de que "sentencia" venga de *sententia*, que, a su vez, viene de *sentenciando*, gerundio del verbo *sentire*, dando la idea de que, por medio de ella, el juez experimente una emoción, una *intuición emocional*. Más que eso, él siente y declara lo que siente". In: LOPES JR. A. *Direito processual penal*, Saraiva, São Paulo, 2013, p. 1.083.

*de la filosofía teórica: el de la verdad y, más en general, el del conocimiento. No se trata de un problema, ciertamente difícil y controvertido, sino, antes bien, del problema filosófico por excelencia, que desde siempre ha fatigado a la flexión epistemológica, con una complicación no pequeña: la adquisición de la verdad en el proceso penal constituye el presupuesto de una decisión de condena o de absolución, que incide sobre las libertades fundamentales de la persona juzgada*¹³.

Para más allá de su referida influencia y relevancia, Ferrajoli y Taruffo guardan puntos en común cuyo análisis permitirá el desarrollo de una crítica general a su defensa de la idea de libre convencimiento. Las similitudes de familia, como diría Wittgenstein, entre los autores analizados tiene como origen una raíz positivista fundada en algunos dogmas como, por ejemplo, la defensa de la teoría correspondencial de la verdad, la circunscripción del concepto de verdad a los hechos y no a las normas o valores y, por tanto, el ceticismo en relación al proceso interpretativo. Estas premisas, entre otras que serán expuestas, implican para los autores la defensa del libre convencimiento jurídico de forma prácticamente unívoca. Pretendemos por lo tanto, revisar estos puntos comunes entre los autores para que, al fin, sea posible realizar una crítica de la propia defensa del libre convencimiento en cuanto modelo de actuación judicial y apuntar para la posibilidad de superación al menos en nivel teórico.

Para Taruffo, la capacidad de obtención de la verdad en el proceso se revela mínima en se tratando de la tentativa de determinación del valor de pruebas *a priori* y, por otro lado, máxima cuando instituímos la libre apreciación judicial:

*El problema de la capacidad del proceso de alcanzar la verdad de los hechos no puede, pues, resolverse negativamente a priori y puede tener respuestas positivas distintas en función del tipo particular de proceso que se tome en consideración. Así, por ejemplo, se puede sostener que esa capacidad es mínima en un proceso que limite fuertemente el empleo de los medios de prueba y tenga muchas reglas de prueba tajada; en cambio, esa capacidad es máxima en un proceso en el que todas las pruebas relevantes sean admisibles y estén todas sujetas a la libre apreciación del juez*¹⁴.

Ferrajoli, por su vez, cuestiona:

*¿Qué significa la fórmula de la 'libre convicción del juez'? Significa que, a los fines de la condena, excluyendo-se que en el proceso se pueda alcanzar alguna vez la verdad absoluta, se requiere por lo menos, como débil pero necesario sustituto de una imponible certeza objetiva, la certeza subjetiva, es decir, la (libre) convicción del juez: la convicción, precisamente, no ya acerca de la verdad en torno a lo que realmente ha sucedido o no, sino solo acerca de la verdad del juicio de culpabilidad*¹⁵.

La citación es extraída del prefacio a la obra de Nicolás Guzmán, *La verdad en el proceso penal*. Como referido anteriormente, Guzmán realiza una síntesis de las premisas teóricas de Taruffo y Ferrajoli, con el intuito de, cómo el propio título denota, exponer una concepción acerca de la verdad en el ámbito del proceso jurídico. En su obra, Guzmán analiza brevemente teorías concurrentes de la verdad: la teoría de la verdad como coherencia, segundo la cual determinada creencia *x* es verdadera si y solamente si tal creencia fuera coherente con un conjunto determinado

¹³GUZMÁN, N. *La verdad en el proceso penal*, Didot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, prefacio.

¹⁴TARUFFO, M. *La prueba de los hechos*, Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2005, p. 47.

¹⁵GUZMÁN, N. *Ob. Cit.*, prefacio.

de otras creencias, es decir, "en esta teoría, una relación de coherencia se supone dada o definida entre las creencias, siendo esta relación simétrica y transitiva, de manera tal que el campo de coherencia forma un único grupo de creencias que son llamadas 'verdaderas', mientras que las otras creencias son llamadas 'falsas'"¹⁶. La teoría pragmática de la verdad, cuya noción de verdad de determinada creencia se da en la medida en que sus consecuencias sean "buenas". "De acuerdo con la doctrina del pragmatismo, si cuando al perseguir un objetivo se mantiene una creencia que es relevante para la consecución de aquel, entonces la creencia es verdadera si favorece su realización y falsa si no la favorece"¹⁷. El autor explora brevemente lo que llama de "consensualismo", cuyo representante es Habermas y la idea de que "la verdad de una proposición significa la promesa de alcanzar un consenso racional sobre lo dicho"¹⁸.

La teoría de la verdad adoptada por Guzmán, todavía, es la tradicional teoría de la verdad como correspondencia: una creencia es verdadera si y solamente si corresponde a la realidad, o sea, *adaequatio rei et intellectus*. Tal adopción de la teoría de la verdad como correspondencia ocurre a partir de la concepción desarrollada por el lógico y matemático polonés Alfred Tarski. La teoría de la verdad como correspondencia de Tarski se diferencia de las demás teorías de la correspondencia en la medida en que proporciona solo un concepto semántico sobre la verdad, al contrario de asociar el término a determinados criterios teóricos. Así, para Tarski, una afirmación del tipo "la nieve es blanca" será verdadera si y solamente si la nieve fuera blanca. De ese modo, se obtiene un concepto formal de verdad a partir del uso de un metalenguaje generado con la utilización de comillas, sin que sea necesario, para la fijación teórica de este concepto, el establecimiento de criterios como lo de coherencia, consecuencias etc.^{19 20}.

Para Taruffo, la definición de verdad para Tarski "es relevante no sólo porque representa una versión moderna y metodológicamente correcta de la verdad como correspondencia, sino también porque parece dotada de una mayor generalidad, o de un alcance más fundamental, respecto de las otras teorías de la verdad"²¹. De acuerdo con Ferrajoli, se puede deducir una caracterización semántica adecuada de conceptos como 'verdad fáctica' y 'verdad jurídica' "dentro de un modelo ideal de jurisdicción penal rígidamente cognitivo de la definición de 'verdad' elaborada por Alfred Tarski, que es también una estipulación general de las condiciones de uso del término 'verdadero'"²². Para Guzmán, en ese sentido,

Solo se podrá afirmar que es verdad que una persona cometió un delito cuando dicho delito esté perfectamente predeterminado por la ley penal, es decir, cuando el lenguaje legal formule una clara y precisa descripción de la conducta criminal de manera tal que permita establecer si es verdadera la aserción que afirma que una persona x cometió el hecho b descrito en la norma n. Es esta la importancia de la concepción semántica de la verdad en el derecho penal, donde el lenguaje legal como lenguaje-objeto, como lenguaje construido, puede ser comparado con los hechos de los cuales habla, permitiendo así la predicación de la verdad o falsedad de los enunciados que

¹⁶GUZMÁN, N. *Ob. Cit.*, p. 65.

¹⁷GUZMÁN, N. *Ob. Cit.*, p. 67.

¹⁸GUZMÁN, Nicolás. *Ob. Cit.*, p. 76.

¹⁹"La formulación de Tarski brinda una *definición* del concepto de verdad que se limita a indicar las condiciones de uso del término 'verdadero', con la ventaja de que nada dice de los *criterios* de verdad, es decir, de las condiciones de aceptación de la aserción como verdadera". In: GUZMÁN, N. *Ob. Cit.*, p. 74.

²⁰Aunque también sea posible afirmar que tal abordaje semántico del concepto de verdad sea vacío o redundante. En ese sentido; ENGEL, P. *¿Qué es la verdad?: Reflexiones sobre algunos truismos*, Amorroutu, Buenos Aires, 2008.

²¹TARUFFO, M. *Ob. Cit.*, p. 170.

²²FERRAJOLI, L. *Direito e Razão*, Tradutores: Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Chokur, Luiz Flávio Gomes, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 41.

*afirman la comisión de un delito. Por estas razones la concepción semántica de la verdad resulta esencial en la fundación de las garantías penales y procesales*²³.

A partir de una concepción semántica de verdad, por tanto, Guzmán desarrolla una comprensión acerca del procedimiento jurídico que sea compatible con lo que el autor llama de "epistemología garantista", la cual es pautada por dos principios: lo de estricta legalidad y lo de estricta jurisdiccionalidad, resultado de la inversión de máxima hobbesiana *veritas, non auctoritas facit iudicium*²⁴. Estos dos principios sólo reproducen, entre tanto, las bases teóricas a partir de las cuales el positivismo lógico, por intermedio de Kelsen, concibe el fenómeno jurídico. De un lado, el empirismo o descriptivismo en el plan de los hechos y, del otro, la necesidad de precisión semántica de la legislación, una vez que, para Guzmán, enunciados normativos no pueden ser verdaderos ni falsos:

*allí donde la norma no es exacta, clara y dotada de precisión empírica, donde no puede haber verdad porque la ley contiene elementos valorativos que dejan librado al arbitrio del juez la decisión acerca de la extensión de su significado (es decir, la decisión acerca de en qué casos ella se aplica), no hay otra salida que recurrir a la mera retórica*²⁵.

Tal distinción hecha por Guzmán hace ecoar tanto lo que escribe Taruffo cuanto Ferrajoli a respecto. Para el primero,

los enunciados relativos a los aspectos jurídicos de la controversia pueden ser objeto de elección, de interpretación, de argumentación y de justificación, pero no pueden ser probados. También los enunciados relativos a los hechos son objeto de elección, de interpretación, de argumentación y de justificación, pero, sobre todo, se puede probar que esos son verdaderos o falsos^{26 27}.

Para Ferrajoli, en el mismo sentido, "sólo las afirmaciones dotadas de significado o de referencia empírica, es decir, que describen hechos o situaciones determinadas a partir del punto de vista de la observación"²⁸, pueden ser consideradas verdaderas. Términos valorativos como

'bueno', 'malo', 'feo', 'obsceno', 'púdico', 'abyecto', 'fútil', 'peligroso' y similares – cuya extensión es, además de indeterminada, igualmente indeterminable, dado que no sugiere propiedades o características objetivas, sino que exprimen, mejor, las actitudes y las valoraciones subjetivas de quien las pronuncia. Las proposiciones en las cuales aparecen no son, por eso, verificables ni refutables, al no tener cualquier valor de verdad (denotación) y al ser por todo más discutibles con referencia a otros valores²⁹.

Tal restricción en relación a la posibilidad de verdad de afirmaciones no factuales lleva Ferrajoli a criticar posteriormente aquello que el autor denomina por "antipositivismo principialista" o "constitucionalismo principialista y/o no

²³ GUZMÁN, N. *Ob. Cit.*, p. 82.

²⁴ GUZMÁN, N. *Ob. Cit.*, p. 94.

²⁵ GUZMÁN, N. *Ob. Cit.*, p. 84.

²⁶ TARUFFO, M. *Ob. Cit.*, p. 60.

²⁷ Específicamente sobre la concepción de la verdad de Michele Taruffo, ver: STRECK, L.L. "Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermeneúticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo", *Revista Sequencia*, Florianópolis, nº 74, (doi: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2016v37n74p115>), dez. 2016, p. 115-136.

²⁸ FERRAJOLI, L. *Ob. Cit.*, p. 97.

²⁹ FERRAJOLI, L. *Ob. Cit.*, p. 98.

positivista³⁰. La relatividad de conceptos valorativos atribuída por Ferrajoli dedica su atención crítica a concepciones que defienden que el sistema jurídico, en algún sentido, es determinado por la existencia y validez argumentativa de principios abstractos que guardan conexión con la política o con la moral entendida de forma genérica. La alternativa dada por el autor en relación al "contenido abierto" de estos principios es, por tanto, la de que la cultura jus constitucionalista – en vez de asumir como inevitables la indeterminación del lenguaje constitucional y el conflicto entre derechos, y probablemente, preferir uno u otro, con base en el activismo judicial – promoviera el desarrollo de un lenguaje legislativo constitucional o más preciso y riguroso posible³¹.

Guzmán, por otro lado, a pesar de adoptar la verdad como correspondencia limitada a hechos verificables, propone que la verdad es siempre relativa en el sentido de que "el proceso judicial, como cualquier otro proceso de conocimiento, sólo podrá tender a una verdad relativa lo más aproximada posible al ideal de la correspondencia, con sus reglas y limitaciones"³². El objetivo del autor, con afirmaciones como esta, es establecer un medio término entre lo que él considera ser lo "escepticismo irracional" y la idea de una "verdad absoluta"³³. La "verdad relativa" defendida por el autor, en ese sentido, estaría amparada en una concepción falibilista de filosofía de la ciencia, desarrollada por autores como Karl Popper: "la epistemología contemporánea ha mostrado la esencial relatividad del conocimiento en los campos más variados, relatividad que nace de la conciencia de su misma falibilidad, es decir, de la posibilidad de ser siempre parcial o totalmente refutado"³⁴.

En el mismo sentido, para Taruffo, el ceticismo en relación a la verdad está relacionado a un movimiento de reacción teórica por parte de "perfeccionistas" o "desiludidos", "es decir, de quien habiendo constatado que la verdad absoluta no es posible pasa al extremo opuesto y sostiene la imposibilidad de cualquier conocimiento racional"³⁵. Ferrajoli, por su vez, partiendo de la dicotomía entre lo que llama de "iluministas aludidos y iluministas desiludidos"³⁶, afirma que "La seguridad de las motivaciones judiciales, tanto de hecho cuanto de derecho, es, en lo mejor de los casos – de modo no diferente, además, a la cualquier raciocinio empírico –, una certeza apenas relativa"³⁷.

El último aspecto epistemológico a ser destacado a partir de Ferrajoli dice respeto a la metodología empleada en la investigación bajo el proceso jurídico. Para el autor, "la prueba empírica de los hechos penalmente relevantes no es en realidad una actividad sólo cognitiva, pero constituye siempre la conclusión más o menos probable de un proceso inductivo, cuya aceptación es, por su vez, un acto práctico que expresa un poder de elección a respeto de hipótesis explicativas alternativas"³⁸. En ese sentido, la superación del modelo de la prueba tarifada por el libre convencimiento está conectada al cambio de la metodología deductiva, segundo la cual los dispositivos legales representan axiomas a ser aplicados por la metodología inductiva. Por tanto, aún segundo Ferrajoli, el rechazo de las pruebas legales y el principio de la libre convicción del juez "son también reflejo de dos adquisiciones modernas, una epistemológica y otra garantista"³⁹. En una dimensión epistemológica, Ferrajoli destaca, a partir de Hume, el carácter meramente probable

³⁰FERRAJOLI, L. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, L; STRECK, L.L; TRINDADE, A.K. (Orgs.), *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012.

³¹FERRAJOLI, L. *Constitucionalismo (...)*, Ob.Cit., p. 54.

³² GUZMÁN, N. *Ob. Cit.*, p. 48.

³³ GUZMÁN, N. *Ob. Cit.*, p. 42.

³⁴ GUZMÁN, N. *Idem*.

³⁵ TARUFFO, Michele. *Ob. Cit.*, p. 30.

³⁶ FERRAJOLI, L. *Direito e Razão (...)*, *Ob. Cit.*, p.51.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão (...)*, *Ob. Cit.*, p. 133.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão (...)*, *Ob. Cit.*, p. 34.

³⁹ FERRAJOLI, L. *Direito e Razão (...)*, *Ob. Cit.*, p. 112.

de la verdad empírica resultante del método inductivo. En el plan político-jurídico, el autor afirma que la segunda adquisición consiste en la afirmación de los principios de la retributividad y de la legalidad estricta a partir de los cuales "la pena debe ser una consecuencia de la acción expresamente prevista en la ley como delito y no de otra acción por ella prevista como probatoria". Así, el autor concluye que

Las dos adquisiciones están conectadas entre sí.. Sólo en la medida en que se reconozca, conforme el carácter no deductivo, pero inductivo del raciocinio probatorio, que ninguna prueba implica necesariamente el delito, se puede decir, conforme el principio de la legalidad estricta, que la condenación y la pena no vienen de la prueba, pero del delito. En este sentido, el principio de la libre convicción del juez no representa un criterio positivo de decisión sobre la verdad, alternativo a las pruebas legales, pero equivale simplemente al rechazo de las pruebas legales como suficientes para determinar la condena y la pena⁴⁰.

Cómo anticipado, las consideraciones de los tres autores aquí abordados guardan diversos puntos teóricos en común, los cuales llevan a la defensa del libre convencimiento como la mejor alternativa a la práctica jurídica. A partir de lo que fue expuesto, es posible afirmar que tal defensa no posee sólo un aspecto negativo, como si el libre convencimiento fuera solo la alternativa menos peor entre las demás. Se puede percibir, también, una evaluación positiva que es respaldada por las premisas teóricas comunes entre los autores. A partir de lo que hasta el momento fue analizado, por tanto, destacamos los siguientes tópicos que mantienen la defensa teórica del libre convencimiento en las obras de Ferrajoli, Taruffo y Guzmán:

- I) la adopción de la definición semántica de la verdad de Tarski, entendida como correspondencia;
- II) la restricción de la concepción de verdad a proposiciones empíricas
- III) la defensa de una verdad relativa a partir de una perspectiva falibilista;
- IV) la conciliación de estas concepciones con la idea de libre convencimiento;

En el próximo tópico, pretendemos revisar los puntos destacados de forma crítica. Como será expuesto, la base teórica de los autores abordados, la cual los lleva a defender la manutención del libre convencimiento, presenta déficits epistemológicos que, si fueran debidamente sanados, nos llevarían a reconsiderar no solo a su defensa del libre convencimiento, pero la propia concepción positivista del derecho presentada por los autores.

3. PUNTOS DE DIVERGENCIA: EL LENGUAJE COMO CONDICIÓN DE POSIBILIDAD EPISTÉMICA

A partir de los puntos destacados, comunes entre Ferrajoli, Taruffo y Guzmán, podemos afirmar que su base teórica se sitúa al lado de fuera de lo que podemos llamar de *linguistic turn*⁴¹, caracterizado por la consideración de que, en

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão (...)*, *Idem*.

⁴¹ Sobre el tema, Taruffo afirma, por ejemplo, que "el *linguistic turn* tuvo efecto de extinguir todas las conexiones entre el lenguaje y el mundo, bien como de mover todo el problema de la verdad *para dentro* de la dimensión lingüística de la experiencia y del conocimiento. Afirmando que el conocimiento, la realidad y la verdad son exclusivamente productos del lenguaje, se acaba, por negar la existencia de cualquier realidad independiente del lenguaje que pudiera determinar la veracidad o la falsedad de cada pensamiento". In: TARUFFO, M. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*, tradução: Vitor de Paula Ramos, Marcial Pons, São Paulo, 2012, p. 97.

contraposición al realismo ingenuo, nuestro acceso al "mundo" tiene como condición de posibilidad el lenguaje. Eso significa que nuestras constataciones, sean ellas empíricas o normativas, ocurren en aquello que Willfrid Sellars denomina *space of reasons* (espacio de razones): "lo esencial es que, al caracterizar un episodio o un estado como aquello del saber, no estamos dando una descripción empírica de ese episodio o estado; estamos poniéndolos en el espacio lógico de las razones, de justificar y poder justificar lo que se dice"⁴².

Una vez situados en el lenguaje y, por tanto, sujetos a la necesidad de proporcionar y exigir razones para nuestras creencias, el elemento puramente descriptivo, a partir de lo cual los autores objeto de este texto desarrollan sus concepciones, es debilitado. Eso porque la perspectiva positivista que traspasa sus textos presupone que los conceptos o enunciados dotados de carga descriptiva y, por tanto, científicos, serían tan solamente aquellos que de algún modo se "derivan de la experiencia", o sea, aquellos conceptos o enunciados que pueden ser reductibles a los elementos de la experiencia de los sentidos (impresiones, percepciones, recuerdos visuales o auditivos, etc.). Todavía, como afirma Karl Popper, "se exigimos que la justificación se realice por una argumentación a través de racionios, en sentido lógico de la expresión, entonces nos comprometemos con la concepción de que *solamente se puede justificar los enunciados por medio de otros enunciados*"⁴³.

Para Popper, autor cuya idea de falibilismo es adoptada tanto por Ferrajoli cuanto por Taruffo, la *lógica de la investigación científica* no es pautada por una metodología inductiva segundo la cual nuestras teorías generales serían fruto de observaciones empíricas individuales, fruto de un contacto directo con el mundo externo o correspondientes con este en el sentido de la teoría correspondencial de la verdad encampada por Taruffo, Ferrajoli y Guzmán. Al contrario, según el falibilismo, el desarrollo de una teoría parte de una hipótesis teórica cuya corroboración sucede de manera negativa, esto es, a partir de su justificación y consistencia continua delante de hipótesis contrarias. Se trata, por tanto, de un proceso (a) normativo y (b) intersubjetivo. En ese sentido, afirma Popper:

Mi uso del término 'objetivo' y 'subjetivo' no es diferente del uso kantiano. Él usa la palabra 'objetivo' para indicar que el conocimiento científico debería ser *justificable*, independientemente del capricho de cualquier persona: una justificación es 'objetiva' si cualquier persona puede en principio testar y comprenderla. 'Si alguna cosa es válida', escribe él, 'para cualquier persona plena de su razón, entonces sus fundamentos son objetivos y suficientes'.

Ora, definiendo que las teorías científicas nunca son enteramente justificables o verificables, pero que, sin embargo, son testables. Afirmando, por tanto, que la *objetividad* de los enunciados científicos reside en el hecho de que ellos pueden ser *testados intersubjetivamente*⁴⁴.

Reforzando el carácter primordialmente teórico de las hipótesis científicas (y, por tanto, no meramente empírico), Popper afirma en otro pasaje de su texto que "las teorías son redes que lanzamos para capturar lo que llamamos 'el mundo': para racionalizarlo, explicarlo y dominarlo. Hacemos un esfuerzo para dejar los huecos cada vez menores"⁴⁵ y que, en ese sentido,

Mi punto de vista es, resumidamente, que nuestro lenguaje ordinario está repleto de teorías; que la observación siempre es *observación a la luz de las teorías*; es que es solamente el perjuicio inductivista que

⁴² SELLARS, W. *Empiricism and the Philosophy of Mind*, Harvard University Press, Cambridge, 1997, p. 76.

⁴³ POPPER, K. *A lógica da investigação científica*, In: *Os Pensadores*, Abril S.A. Cultural e Industrial, São Paulo, 1975, p. 316.

⁴⁴ POPPER, K. *A lógica da investigação científica*, Ob. Cit., p. 277.

⁴⁵ POPPER, K. *A lógica da investigação científica*, Ob. Cit., p. 287.

lleva a las personas a pensar que podría existir un lenguaje fenoménico, libre de las teorías y diferente de un 'lenguaje teórico'; y finalmente, qué el teórico se interesa por la explicación en cuanto tal, en otras palabras, por las teorías explicativas testables: las aplicaciones y las predicciones le interesan únicamente por razones teóricas – porque pueden ser usadas como *testes* de las teorías⁴⁶.

La noción aquí presentada a partir de Popper, de que teorías científicas están sujetas al ámbito normativo e intersubjetivo del lenguaje no amenaza solo la concepción correspondencial de la verdad defendida por los autores en análisis en este texto, sino la dicotomía hecho/norma que la mantiene. Dada la primacía de la teoría frente a la "experiencia" en el desarrollo de una hipótesis científica, se puede concluir que comprensiones previas acerca de standards normativos como los conceptos de simplicidad y coherencia, por ejemplo, anteceden nuestras definiciones (incluso las empíricas) acerca de la realidad. En este sentido, afirma Putnam que "un ser sin valores también no tenía hechos"⁴⁷.

En la terminología de Putnam, tales standards normativos son llamados de valores epistémicos⁴⁸ que guían las hipótesis científicas en el sentido de que las descripciones de estas en relación a la realidad sean las *mejores* posibles. Sin embargo, si admitimos con Putnam que la descripción de hechos y valores están enmarañados (*the entanglement of fact and value*), la ruptura empirista de Ferrajoli, Taruffo y Guzmán fallece epistémicamente, así como la concepción neopositivista sobre la verdad endosada por ellos. Guardadas las distinciones con Putnam, Popper afirma algo semejante acerca de la relación existente entre valores y teorías científicas:

Así, admito abiertamente que para llegar a mis propuestas fui guiado, en último análisis, por juicios de valor y predilecciones. Pero, espero que mis propuestas puedan ser aceptables para aquellos que valoran no solo el rigor lógico sino también la libertad con relación al dogmatismo; para aquellos que buscan la aplicabilidad de la práctica, pero que son aún más llamados por la aventura de la ciencia y por las descubiertas que de manera siempre renovada nos ponen frente a frente con nuevas e inesperadas cuestiones, nos desafiando a intentar nuevas respuestas aún no esperadas⁴⁹.

Las referencias a tales autores y perspectivas vinculadas al que podemos llamar de filosofía analítica hacen ecoar ideas que defienden la Crítica Hermenéutica del Derecho⁵⁰ a partir de la cual las tesis de Ferrajoli, Taruffo y Guzmán son aquí re leídas. Pues, afirmar, en contraposición al ideario epistemológico positivista, que (a) teorías científicas están vinculadas al carácter lingüístico y, por tanto, intersubjetivo de la razón, (b) que, por tanto, traen consigo un elemento normativo indisoluble de su carácter descriptivo y que, en ese sentido, (c) su corroboración no depende de la

⁴⁶ POPPER, K. *Ob. Cit.*, p. 287.

⁴⁷ PUTNAM, H. *Reason, Truth and History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981, p. 201.

⁴⁸ Nesse sentido, ver: PUTNAM, H. *The collapse of the fact/value Dichotomy*, Harvard University press, Cambridge, 2002.

⁴⁹ POPPER, K. *A lógica da investigação científica, Ob. Cit.*, p. 272.

⁵⁰ En una síntesis, la Crítica Hermenéutica del Derecho, CHD, es una construcción teórica de Lenio Streck, consistente en la conjunción de perspectivas que, sea en la filosofía, sea en la teoría del derecho, comparten presupuestos hermenéuticos en se tratando de temas como racionalidad, conocimiento e interpretación. Eso significa, de modo más concreto, concebir nuestra comprensión acerca de los fenómenos, incluso el derecho, a partir de elementos como la historicidad, la intersubjetividad lingüística y la circularidad interpretativa. Una vez realizada asimilación de estas teorías, se desarrolla una crítica a corrientes jurídicas contemporáneas y las prácticas irreflexivas del derecho brasileño, además de la elaboración de una Teoría de la Decisión Jurídica. Ver, en ese sentido STRECK, *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, e STRECK, *Dicionário de Hermenêutica. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*.

correspondencia con el "mundo externo", pero de la constante confrontación dialéctica que transcurre de la exigencia de justificación, es algo muy cercano a los elementos centrales de la hermenéutica filosófica desarrollada por Gadamer en *Verdad y Método*.

Como afirma Gadamer, la experiencia hermenéutica, cuyo carácter es universal, consiste en un proceso que "es esencialmente negativo. Él no puede ser descrito simplemente como la formación, sin rupturas, de universalidades típicas. Esa formación sucede antes, por cuenta, de las falsas universalizaciones seran constantemente refutadas por la experiencia; las cosas entendidas por típicas son des tipificadas"⁵¹. No por acaso, Gadamer reconoce en nota a este fragmento la similitud de su propuesta con el par de conceptos de Popper *trial and error*. La noción de tentativa y error está en la base, por lo tanto, de la idea del *círculo hermenéutico*.

Con efecto, la noción de círculo hermenéutico consiste en el movimiento reiterado entre el todo y la parte, en que el intérprete empieza la comprensión a partir de una concepción previa o pre-juicio (*Vorurteil*) acerca del contenido general del texto y, en la medida en que avanza en la lectura de cada tópico, va reformulando su propia concepción previa: "y así como el hablar presupone el uso de palabras previas dotadas de un significado general, existe un proceso continuo de formación de los conceptos por lo cual avanza la vida significativa [*Bedeutungsleben*] del propio lenguaje"⁵².

Por eso afirmamos, a partir de la hermenéutica filosófica, "no interpretamos para comprender, pero comprendemos para interpretar"⁵³. Tal nivel (pre) comprensivo consiste en el todo orgánico constituido por el lenguaje y, en ese sentido, siendo el lenguaje mismo el espacio de razones (*space of reasons*) anteriormente abordado, él determina normativamente la dirección (o la hipótesis) a partir de la cual cualquier abordaje teórico tiene su *starting point*. Se trata, por lo tanto, de lo que Gadamer denomina de la autoridad de la tradición: "No es solo el objeto preferencial de la comprensión, la tradición, que posee la naturaleza del lenguaje. La propia comprensión posee una relación fundamental con el carácter del lenguaje"⁵⁴.

Sea a partir de una perspectiva analítica, sea a partir de la hermenéutica filosófica, se percibe que la intersubjetividad lingüística y su innata normatividad son temas difícilmente des considerables por una concepción epistemológica contemporánea. El silencio de Ferrajoli, Taruffo y Guzmán frente al que llamamos de *reviravuelta lingüístico-pragmático en la filosofía contemporánea*⁵⁵ es, en ese sentido, apenas un síntoma más de la repriminación de presupuestos teóricos positivistas. Al ignorar la intersubjetividad y normatividad del lenguaje como condición epistémica, los referidos autores también dejan de atentar para la indispensable dimensión justificatoria de nuestros enunciados (sean ellos empíricos o no). La noción de libre convencimiento, en este contexto, revela no sólo el déficit de responsabilidad política y jurídica en relación al deber de justificación de decisiones judiciales, sino también, en ese sentido, una dosis de irresponsabilidad epistémica.

Retomemos, sin embargo, los cinco puntos destacados en el último tópico, en que intentamos destacar premisas teóricas comunes a Ferrajoli, Taruffo y Guzmán y que mantienen su defensa del libre convencimiento:

I) verdad como correspondencia – conforme lo que ya fue desarrollado, la adecuación de determinada teoría, mismo que empírica, demanda por un proceso de

⁵¹ GADAMER, H.G. *Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, Tradução de Flávio Paulo Meurer, Vozes, Petrópolis, 2014, p. 462.

⁵² GADAMER, H.G. *Ob. Cit.*, p. 554.

⁵³ STRECK, L.L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 2013, p. 391.

⁵⁴ GADAMER, H.G. *Ob. Cit.*, p. 512.

⁵⁵ OLIVEIRA, M.A.D. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*, Loyola, São Paulo, 2001.

justificación en que ofrecemos y exigimos razones. Por lo tanto, la idea de simple correspondencia de determinado enunciado con el "mundo externo" está más allá de la normatividad ínsita al propio lenguaje. Como destacado, los autores proponen en sus textos, mismo que de forma muy breve, la adopción de la definición semántica de verdad de Alfred Tarski. Mismo que tal gesto evite la necesidad de profundizar en la idea de correspondencia tal como encontramos en las tesis realistas clásicas, y todos los problemas metafísicos por ella implicados, se debe comprender que la teoría de Tarski ignora el problema acerca de las condiciones de empleo del concepto de verdad, de manera que la simple adopción de su definición por parte de Ferrajoli y Taruffo acaba por ser inocua delante de sus propósitos (la defensa de la verdad en relación a las afirmaciones empíricas, en detrimento de afirmaciones normativas);

II) La restricción del concepto de verdad a proposiciones empíricas – al mismo tiempo en que incorporan sus tesis la idea de falibilismo desarrollada por Popper, los autores ignoran la realidad de que, para Popper, la precedencia de hipótesis teóricas previas en la formulación de teorías científicas vincula la investigación científica a *standards* normativos (o, en otros términos, valores) que guían el proceso de corroboración de teorías (que consiste en la posibilidad de falseamiento). Así, se convierte sin sentido la dicotomía hecho/valor, una vez que mismo las teorías descriptivas presuponen conceptos normativos. Como afirma Putnam, hechos y valores están "enmarañados". A partir de la hermenéutica filosófica, por su vez, podemos afirmar que toda experiencia de mundo es dependiente de un nivel pre-comprensivo en que se sitúa una determinada tradición lingüística la cual predetermina la formulación de hipótesis interpretativas.

III) la defensa de una verdad relativa – de forma reiterada, Ferrajoli, Taruffo y Guzmán afirman que no se puede hablar en verdades absolutas, sino sólo en verdades relativas. Todavía, la idea de falibilismo a partir de la cual los autores defienden esta tesis está mucho más vinculada a la dialéctica negativa en que el desarrollo del conocimiento ocurre. Esto es, tal como para Gadamer y su presentación del círculo hermenéutico, poner la consistencia de una teoría incesantemente a prueba. Esto no nos lleva al extraño concepto de "verdad relativa"⁵⁶ en contraposición a la "verdad objetiva" de que tratan los autores, pero el constante enfrentamiento con teorías adversarias que proponen el falseamiento de nuestras concepciones o, en términos gadamerianos, a la abertura permanente al diálogo;

IV) la conciliación de estas concepciones con la idea de libre convencimiento – Ferrajoli propone que el pasaje de la prueba tarifada al libre convencimiento guarda un paralelo en relación a la evolución de la metodología científica. Cuánto a las pruebas tarifadas serían vinculadas al método deductivo, el libre convencimiento estaría de acuerdo con la correcta metodología inductiva (la formulación de tesis generales a partir de constataciones individuales y circunstanciales). Todavía, esta posición es contraria una vez más al falibilismo defendido por el propio autor. Grande parte de *La lógica de la investigación científica* de Popper consiste en una crítica a la metodología inductiva a partir de lo que fue expuesto: la precedencia de hipótesis generales confirmadas que son corroboradas a partir de su consistencia (o coherencia) delante de hipótesis adversas.

Se concluye, por lo tanto, que las premisas teóricas a partir de las cuales Ferrajoli, Taruffo y Guzmán defienden la idea de libre convencimiento son cuestionables. Lo son tanto internamente, una vez que sus conclusiones no son coherentes con el falibilismo defendido por los propios autores, ni a nivel comparado, una vez que ignoran implicaciones centrales del *linguistic turn*, como podemos concluir a partir de la revisión de autores de tradición así llamada analítica (Sellars, Popper y Putnam) como continental (Gadamer).

⁵⁶Para Taruffo, "el problema no es, en efecto, conjeturar que se alcancen míticas verdades absolutas sino establecer qué verdades relativas y razonables pueden ser concretamente determinadas". In: TARUFFO, M. *La prueba (...)* Ob. Cit., p. 46.

4. CONSIDERACIONES FINALES

La noción de libre convencimiento es tan diseminada cuanto poco problematizada. Al consultar la doctrina nacional, se desprende una simple repetición de lugares comunes los cuales, de un lado, no explicitan de forma detallada el desarrollo histórico del concepto y, de otro, son incapaces de justificarlo teóricamente. Teniendo en vista el reconocimiento e influencia de las teorías de Ferrajoli y Taruffo, se buscó revisarlas con el intuito de comprender sus presupuestos, tarea que se torna más viable a partir de la didáctica síntesis de estos dos autores realizada por Guzmán.

Sin embargo, al analizar los aspectos filosóficos que mantienen la defensa del libre convencimiento, podemos concluir, a partir de la sintética exposición anterior, que sus relevantes concepciones dejan de lado problemas epistemológicos centrales para la filosofía contemporánea. Queda claro que las breves consideraciones aquí hechas no poseen un carácter conclusivo (ni podrían, si queremos llevar el falibilismo o el diálogo de qué habla la hermenéutica filosófica en serio). Todavía, podemos cuestionar: ¿el libre convencimiento hace sentido en nivel teórico?

Para responder a esta pregunta, no podemos permanecer con la simple dicotomía entre el sistema de pruebas tarifadas y el libre convencimiento. Al final, la negación del primero no nos lleva necesariamente a concordar con el segundo. Sabemos que el establecimiento de determinado contexto fáctico a partir de la interpretación de las pruebas es relativo a determinada situación pragmática que no puede ser absolutamente prevista por enunciados legales. Sin embargo, si, a partir de lo que fue dicho anteriormente, llevamos en consideración que el conocimiento presupone la justificación, la cual se da en una dimensión lingüística y, por tanto, intersubjetiva, la idea de "libertad" presentada por este concepto pierde todo el sentido. La racionalidad jurídica no se da en una burbuja epistemológica a partir de otras instancias, y, excluyendo tesis conscientemente relativistas, no vemos científicos o filósofos defendiendo conceptos similares en sus respectivas áreas. Eso no los lleva a creer que cargan consigo "verdades absolutas" o métodos irrevocables de investigación, sino simplemente a estar abiertos al diálogo y a la corrección de sus hipótesis.

Por otro lado, enfatizamos la contradicción interna insoluble de las concepciones que intentan conciliar la teoría de la verdad como correspondencia con la idea de libre convencimiento. A final, en cualquier sentido teórico que sea relevante, la teoría de la verdad correspondencial presupone que nuestros juicios son verdaderos cuando adecuados al "mundo externo" (independientemente del sentido ontológico que tal expresión pueda tener en distintos casos), habiendo, por tanto, una subordinación de aquellos en relación a este. ¿Cómo sería posible, por tanto, proponer este concepto de verdad y al mismo tiempo decir que los jueces poseen libertad en relación a la evaluación de las pruebas o a los propios hechos que deben considerar para la formulación de sus decisiones? Desacuerdos teóricos a parte en relación a la concepción de verdad como correspondencia, se desarrollamos una teoría de la decisión bajo una perspectiva paradigmática o coherente, deberíamos afirmar, entonces, que se defendemos la verdad en cuanto correspondencia, arcando con la responsabilidad argumentativa a su favor, en este caso mismo, es que los jueces no poseen libertad en relación a los hechos que deben describir y juzgar.

Sin embargo, la idea de libre convencimiento no carga consigo solo premisas teóricas equivocadas. Ella también causa consecuencias políticas perjudiciales se consideramos que el derecho es un medio de realización de ideales democráticos, como expuesto por nosotros en diversos textos⁵⁷. Teniendo en vista el constante empeoramiento de aquello que Warat denomina de senso común teórico de los juristas, brevemente retratado en la introducción de este texto, la perpetuación de este concepto en el imaginario del derecho brasileiro representa una carta blanca para

⁵⁷ Ver, por ejemplo, los verbetes *Livre apreciação da prova* e *Livre convencimento (motivado)* em: STRECK, L.L. *Dicionário de Hermenêutica (...)*. Ob. Cit., p. 199 e ss.

decisionistas, como destacamos en otros textos^{58 59}. Tal circunstancia de anomía hermenéutica también es reconocida por el propio Ferrajoli:

El abandono de las pruebas legales en favor de la libre convicción del juez, contudo, del modo como fue concebido y practicado por la cultura jurídica pos-iluminista, correspondió a una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales. La fórmula de la 'libre convicción', que por sí misma expresa solo un trivial principio negativo, que debe ser integrado con la indicación de las condiciones no legales, sino epistemológicas de la prueba, en realidad fue acriticamente entendida como um critério arbitrário de valoración, sustitutivo de las pruebas legales⁶⁰.

Si el iusfilósofo italiano, corroborado por Guzmán, hunde su perspectiva teórica con la política a partir de una "epistemología garantista" pautada en dos principios antes expuestos (lo de la estricta legalidad y lo de la estricta jurisdiccionalidad, resultado de la inversión de la máxima hobbesiana *veritas, non auctoritas facit iudicium*), nos permitimos aquí realizar movimientos similares a partir de los puntos anteriormente desarrollados. De un lado, podemos afirmar que la perspectiva falibilista, vinculada a la idea de que las teorías deben estar disponibles al falseamiento, lo que, como expuesto, guarda vínculos relevantes con la noción hermenéutica de diálogo, puede ser asociada al principio del contradictorio y amplia defensa. Por otro lado, la constatación epistemológica de que nuestra experiencia de mundo se da en un contexto lingüístico e intersubjetivo donde nuestras (pre) compresiones deben ser justificadas puede ser traducida en el lenguaje constitucional con el derecho/deber de fundamentación de las decisiones judiciales registrado en el artículo 93, IX, de la Constitución Federal.

Seamos epistémica y políticamente responsables en el sentido de demandar que la concretud de la interpretación, sea de dispositivos legales o de hechos, la cual siempre transborda la posibilidad de anticipación de sentido a través de simples enunciados, no confiere libertad al ejercicio de la actividad jurídica, en el sentido usual que puede ser observado en la jurisprudencia y que es, por su vez, mantenido, aunque indirectamente, por equívocos teóricos. Afirmamos, por lo tanto, que la actividad jurisdiccional no puede ser comprendida como una racionalidad subjetivista y aislada, tal cual el concepto de libre convencimiento sugiere. Es, al revés, una práctica que debe estar epistemológica y políticamente sujeta a la justificación y a la revisión delante de nuevos argumentos.

Las intrincadas cuestiones en torno del tema de la decisión judicial nos llevan a problemas relacionados a la propia historia de la filosofía. Con el concepto de libre convencimiento, la situación no es diferente. Como fue explorado, hay un gran déficit epistémico en la doctrina jurídica nacional e internacional y, aunque se haga un análisis de las excepciones, lo que se quiso con este texto, fueron constatadas contradicciones teóricas insolubles, por más supuestamente sofisticadas que las teorías sean. Así, con las críticas y propuestas aquí desarrolladas, anhelamos estimular el debate y la profundización en una temática tan cara no solo a la teoría, sino a la democracia: la actuación jurisdiccional y sus límites filosóficos y políticos.

5. BIBLIOGRAFÍA

ENGEL, P. *¿Qué es la verdad?: Reflexiones sobre algunos truisms*, Amorroutu, Buenos Aires, 2008.

⁵⁸Remetemos nuevamente a: STRECK, L.L. *Dicionário de Hermenêutica*. Ob. Cit.

⁵⁹Y: MACEDO, E. H. & JUNG, L.N. "(Re)discutindo o livre convencimento judicial: os limites da decisão judicial no Estado Democrático de Direito", *Revista Brasileira de Direito Processual*, Fórum, Belo Horizonte, 2015, n. 91, pp. 41-60.

⁶⁰FERRAJOLI, L. *Direito e Razão (...)* Ob. Cit., p.112.

- FERRAJOLI, L. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*, In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L & TRINDADE, A.K. (Orgs.), *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 2012.
- _____. *Direito e Razão*, Tradutores: Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Chokur, Luiz Flávio Gomes, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.
- GADAMER, H.G. *Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, Tradução de Flávio Paulo Meurer, Vozes, Petrópolis, 2014.
- GUZMÁN, N. *La verdad em el proceso penal*, Didot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.
- LOPES JR., A. *Direito processual penal*, Saraiva, São Paulo, 2013.
- MACEDO, E.H.; JUNG, L.N. "(Re)discutindo o livre convencimento judicial: os limites da decisão judicial no Estado Democrático de Direito", *Revista Brasileira de Direito Processual*, Fórum, Belo Horizonte, 2015, n. 91, pp. 41-60.
- NUCCI, G.D.S. *Código de Processo Penal Comentado*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.
- OLIVEIRA, M.A.D. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, Loyola, São Paulo, 2001.
- PACELLI, E.D.O. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- PIERANGELLI, J.H. *Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas*, Jalovi, Bauru, 1983.
- POPPER, K. "A lógica da investigação científica", *Os Pensadores*, Abril, São Paulo, 1975.
- PUTNAM, H. *Reason, Truth and History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981.
- _____. *The collapse of the fact/value Dichotomy*, Harvard University press, Cambridge, 2002.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. São Paulo: Atlas, 2017.
- SELLARS, W. *Empiricism and the Philosophy of Mind*, Harvard University Press, Cambridge, 1997.
- STRECK, L.L.; NUNES, D.; CUNHA, L.C.D. *Comentários ao código de processo civil*, Saraiva, São Paulo, 2017. *E-book*.
- STRECK, L.L. *Dicionário de Hermenêutica. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*, Letramento, Belo Horizonte, 2020.
- _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 2013.
- _____. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4º ed., Saraiva, São Paulo, 2011.
- TARUFFO, M. *A motivação da sentença civil*, Tradução: Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos, Marcial Pons, São Paulo, 2015.
- _____. *La prueba de los hechos*, Traducción: de Jordi Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2005.
- _____. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*, Tradução: Vitor de Paula Ramos, Marcial Pons, São Paulo, 2012.