

LA PRUEBA DE LOS HECHOS FUTUROS. CONSIDERACIONES SEMÁNTICAS Y EPISTÉMICAS PARA LA TOMA DE DECISIONES*

Sebastián Sandoval Ayala**

RESUMEN: toda disciplina debe lidiar con problemas de vocabulario que surgen cuando las categorías disponibles, los términos que utilizamos en nuestro lenguaje cotidiano, no resultan satisfactorias para llevar a cabo una empresa investigativa con la precisión que se estima necesaria. Producto de este desajuste discursivo, las comunidades disciplinarias debaten si las categorías sospechosas deben ser eliminadas o pueden ser redefinidas en términos menos problemáticos. En este trabajo, se estudia la categoría de hecho futuro. Luego de explicar por qué la categoría resulta sospechosa, se sostiene que ella no puede ser eliminada o redefinida en los términos propuestos por los teóricos de la prueba sin perder parte importante de su significado. Esto es relevante porque el significado perdido resulta indispensable para controlar las decisiones judiciales que se basan en consideraciones prospectivas, como ocurre al determinar el monto de un daño futuro o al decretar una medida cautelar como la prisión preventiva.

PALABRAS CLAVE: derecho probatorio; prueba; hecho; error; verdad.

* Una versión preliminar de este trabajo fue presentada en las Jornadas Nacionales de Derecho Probatorio celebradas en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso durante el año 2024. Agradezco especialmente el apoyo y los comentarios de los profesores Rodrigo Coloma y Jorge Larroucau en las distintas etapas de este trabajo.

** Doctorando en Derecho, Universidad Alberto Hurtado. Magíster en Derecho, mención en Derecho Público, de la Universidad de Chile. Profesor del Departamento de Teoría y Filosofía del Derecho de la Universidad Diego Portales. <https://orcid.org/0000-0002-9355-5907>

THE PROOF OF FUTURE FACTS. SEMANTIC AND EPISTEMIC CONSIDERATIONS FOR DECISION MAKING

ABSTRACT: Every new discipline must deal with some vocabulary problems that arise when the available categories, the terms we use in our everyday language, are not satisfactory to carry out a research enterprise with the precision deemed necessary. As a result of this discursive mismatch, disciplinary communities debate whether suspect categories should be eliminated or can be redefined in less problematic terms. In this paper, the category of future facts is studied. After explaining that the expression can be understood as a suspect category in evidence law, it is argued that it cannot be eliminated or redefined in the terms proposed by evidence theorists without losing an important part of its meaning. This is relevant because the lost meaning is indispensable to control judicial decisions that are based on prospective considerations, such as when determining the amount of a future damage or decreeing a precautionary measure such as preventive detention.

KEYWORDS: evidence law; proof; fact; error; truth.

SUMARIO: 1. CUESTIONES PRELIMINARES.— 2. UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA.— 3. ¿CONOCIMIENTO SOBRE EL FUTURO?: 3.1. Altas expectativas epistémicas.— 4. EL PROBLEMA DE HABLAR SOBRE EL FUTURO: 4.1. Futuro incierto y futuro abierto; 4.2. Futuro y error.— 5. CONCLUSIONES Y ALGUNOS DESAFÍOS PENDIENTES.— BIBLIOGRAFÍA

1. CUESTIONES PRELIMINARES

En el vocabulario de los juristas podemos distinguir diversas categorías de *hechos* (Hunter, 2015). Se habla de hechos lejanos en el tiempo, internos, convenidos por las partes, públicos y notorios, entre otros. Dentro de este elenco de categorías, una de las que parece suscitar problemas especiales es la de *hecho futuro* (Muñoz, 2001, p. 85). Pese a que la expresión ha sido empleada de manera regular por la doctrina, existen dudas sobre su sentido o alcance¹. Las sospechas parecen indicar que los términos que componen la expresión (hecho y futuro) denotan cierto tipo de contradicción que sería indicativa, en última instancia, de un mal uso del lenguaje.

Este supuesto mal uso del lenguaje presupone un uso correcto de la expresión que coincide, en el contexto probatorio, con llamar *hecho* exclusivamente a los eventos que han ocurrido o están ocurriendo en el mundo físico. Algunos teóricos de la prueba adscriben a este significado estricto cuando sostienen que los hechos ocurren fuera del proceso, que son independientes de las decisiones judiciales, que pueden ser captados sensorialmente y que constituyen la referencia semántica de

¹ Algunas de estas dudas pueden consultarse en: Rivera (2011, pp. 51-52); Mora (2021, p. 56 y ss.); Valenzuela (2022, pp. 172-173); y Bravo (2023, p. 87).

algunas de nuestras expresiones. El significado es estricto porque elimina algunos de los sentidos que el término conserva en otros contextos discursivos, reduciendo su utilidad, pero ganando precisión metodológica². No caben dudas de que los hechos futuros no son hechos en este sentido de la expresión del mismo modo en que tampoco lo serían los *hechos negativos*, los *hechos convenidos por las partes* o los *hechos condicionales*.

Toda disciplina novel debe lidiar con algunos problemas de vocabulario que surgen cuando las categorías disponibles, los términos que utilizamos en nuestro lenguaje cotidiano, no resultan satisfactorias para llevar a cabo una empresa investigativa con la precisión que se estima necesaria³. Este proceso de ajuste discursivo requiere realizar varias operaciones. En ocasiones, los términos disponibles son redefinidos de tal manera que puedan cumplir con las expectativas de los investigadores. En otras, algunos términos deben ser eliminados porque contribuyen a generar o mantener confusiones mediante *preguntas tramposas*, que no pueden responderse sin incurrir en graves errores conceptuales. Los teóricos de la prueba suelen optar por la primera opción. Las redefiniciones de los «hechos definidos mediante términos valorativos» que ensayan Gascón (1999) y Taruffo (2002) constituyen un buen ejemplo. Se toma una categoría que no coincide con el programa investigativo de la teoría de la prueba y se la despoja de aquellos elementos diferenciadores que, prima facie, la caracterizan en el discurso de los juristas. Lo que se conserva es un mínimo común, el núcleo duro de lo que constituye el *hecho en sentido estricto*, que podría, ahora sí, ser considerado como un genuino objeto de prueba.

Respecto de los hechos futuros se podría pensar que tal núcleo duro lo componen aquellos hechos pasados o presentes que, proyectados en el tiempo, pueden generar consecuencias que poseen relevancia jurídica. Pero el objeto de prueba serían los hechos pasados o presentes que sirven de sustento a la proyección y no, en sentido estricto, los *hechos futuros* (Ferrer, 2007, pp. 32-35). La expresión deviene, entonces,

² La precisión metodológica se consigue identificando con claridad un objeto de estudio que permite uniformar la manera en que se produce conocimiento al interior de una disciplina, distinguiendo un set de preguntas o tópicos comunes, así como las herramientas o métodos de estudio que anticipan resultados interpretables a partir del mismo aparato conceptual (Coloma, 2016, p. 273). En el marco de los estudios sobre la prueba, ello permite construir un límite entre los asuntos de prueba en sentido estricto y los asuntos de calificación normativa (Bayón, 2010, p. 9).

³ Los desacuerdos sobre el uso de las categorías tienen su origen en la necesidad de recurrir al conocimiento común al momento de formular y transmitir una idea. De esta forma, toda categoría escapa parcialmente al dominio de quien la utiliza o, como señala Giannini (2021, p. 32), «se vive bajo la sospecha de que las palabras se nos escapan o nos llevan más allá de donde queremos ir o más allá del poder que hemos delegado en ellas. De allí el temor: sensación de distanciamiento, de inseguridad respecto de lo que significan o pueden llegar a significar por su cuenta». En su afán por escapar de este temor, las disciplinas científicas luchan por *domesticar* un conjunto de categorías. Esto implica eliminar y/o traducir las expresiones dudosas por otras que, prima facie, resultan menos problemáticas. Las categorías, por su parte, presentan cierto grado de resistencia cuando se afianzan en prácticas discursivas que se han solidificado en el uso del lenguaje cotidiano o en las prácticas discursivas que desarrollan los participantes de una disciplina. (Amsterdam y Brunner, 2002, pp. 27-37).

en un uso aproximativo del lenguaje. No probamos el futuro en sentido estricto, sino que hacemos “*como si*” para los efectos de justificar cierto tipo de decisión⁴.

Pero redefinir conceptos es también una empresa riesgosa. Puede ocurrir que el sentido que se estima como más preciso en realidad encubra una notable pérdida de significado⁵. Esta pérdida de significado podría implicar que aquello de lo que antes estábamos conscientes (como, por ejemplo, de la dificultad de probar hechos futuros o la necesidad formular consideraciones prospectivas al tomar una decisión) ahora no esté presente dentro de la discusión fáctica. El peor escenario posible ocurre cuando esta pérdida de significado no puede ser capturada exitosamente por otras instancias de la discusión procesal, por ejemplo, porque tampoco corresponde a una genuina cuestión interpretativa o a una genuina cuestión de calificación normativa. Cuando esto ocurre, la precisión metodológica se consigue pagando un alto precio.

En este trabajo se analizan las sospechas que levanta la categoría de hecho futuro cuando se la analiza a partir de los conceptos propuestos por los teóricos de la prueba. Sostendré que parte importante de estas sospechas surgen de dos actitudes que vale la pena discutir. La primera es una actitud demasiado optimista respecto de aquello que podemos *saber* del pasado para los efectos de justificar una decisión en instancias judiciales. La segunda es una actitud demasiado cauta respecto de aquello que podemos *decir* sobre el futuro con relativa seguridad. Intentaré mostrar que ambas actitudes se vinculan directamente con la manera en que diferentes procesos judiciales afrontan el desafío de la incertidumbre, de tal manera que ajustar nuestras expectativas epistémicas (identificar aquello que podemos *saber*) constituye un paso necesario para mejorar la manera en que tomamos decisiones en instancias judiciales.

2. UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA

La categoría de hecho futuro es una categoría sospechosa en tanto no coincide, de buena manera, con el aparato metodológico adoptado por parte importante de las disciplinas que, durante los últimos años, se han interesado por los problemas vinculados con la justificación externa de la premisa fáctica. Si bien se trata de una comunidad variopinta en que subsisten debates importantes, los miembros de estas

⁴ La pregunta por el hecho futuro (es decir, por lo que podría llegar a ocurrir de adoptar ciertas decisiones en tiempo presente) es reemplazada por otras preguntas que se estiman menos problemáticas en tanto admiten una respuesta conforme al ideario de los participantes de la disciplina.

⁵ Como señala Austin, «nuestro repertorio común de palabras encarna todas las distinciones que los hombres han creído conveniente trazar y todas las distinciones que han creído conveniente destacar durante la vida de muchas generaciones. No cabe duda de que es probable que tales distinciones y conexiones, puesto que han pasado el prolongado test de la supervivencia del más apto, sean más ricas, más sensatas y sutiles que las que cualquiera de nosotros podamos concebir en una tarde en nuestro sillón de trabajo». Esto, que es cierto respecto de las categorías del lenguaje cotidiano, probablemente tenga también asidero tratándose de las categorías de *hechos* que han desarrollado los juristas a lo largo del tiempo (Austin, 1971, p. 19).

disciplinas parecen agruparse en torno a un método de análisis común de corte racionalista, que gira en torno «a los problemas relacionados a la comprobación fáctica (la prueba) y la verdad» (Marchese, 2019, p. 11). El rótulo de *racionalista* se utiliza al menos en dos sentidos. En un sentido positivo, se usa para designar a quienes entienden que la actividad probatoria debe ser definida como una actividad de conocimiento «encaminada a averiguar la verdad sobre los hechos litigiosos, entendida esta bajo una noción correspondentista» (Accatino, 2019, p. 90). En un sentido negativo, se emplea para fijar un límite con otras concepciones de la prueba que adoptan o presuponen una noción no-correspondentista de la verdad; o que simplemente niegan la importancia de la verdad en los debates judiciales (Taruffo, 2013, p. 243).

Los teóricos racionalistas han manifestado una genuina preocupación sobre la manera en que se debe adquirir conocimiento en instancias judiciales para justificar racionalmente una decisión sobre los hechos probados. No pretendo discutir las principales tesis de esta concepción de la prueba, pero sí me interesa la noción de conocimiento que presumen cuando vinculan la actividad probatoria con la noción de verdad como correspondencia. A mi juicio, esta noción de conocimiento descansa en cierto tipo de empirismo que otorga un rol protagónico a la memoria como respaldo de la experiencia sensible o como fuente de las huellas sensoriales que un evento ha producido en el mundo físico⁶. De esta forma, las pretensiones que interesan a los teóricos racionalistas son aquellas «susceptibles de ser empíricamente verificadas o falsadas» (Tuzet, 2021, p. 85). Con ello se definen los deslindes de lo que constituye *prueba* en sentido estricto, una actividad que tiene como correlato y objeto a los hechos que han ocurrido en un mundo exterior al proceso judicial en que se discuten (Laudan, 2013, p. 36) y que operan como la referencia semántica de algunas de nuestras expresiones (Gascón, 2010, p. 49). En este sentido, Rivera (2011, p. 52) sostiene que los hechos futuros no pueden configurar un genuino objeto de prueba:

En estos casos no se trata de probar, pues no hay registros o datos futuros que se trasladen del futuro al presente. Debe recordarse que la prueba es la realización de los medios probatorios que trasladan las fuentes en donde están estampadas las huellas de los hechos. Por ejemplo, nadie puede testimoniar que fue al futuro y vio a fulano de tal y conversó con él; o que la notaría del futuro registró un documento, o que en la clínica del futuro se trata al paciente tal. Eso es pura ficción.

⁶ La sospecha relativa al conocimiento sobre los hechos futuros ha sido un tema recurrente en la filosofía de las ciencias naturales. Torretti (2014, p. 55), por ejemplo, identifica el origen de esta sospecha en la manera en que los empiristas suelen entender el conocimiento de los fenómenos contingentes: «como las impresiones futuras están aún por venir y las impresiones presentes se han convertido en pasadas antes de que uno siquiera tome nota de su presencia, desde un punto de vista humano el conocimiento descansa exclusivamente sobre la memoria. Pero un kantiano informado y alerta goza de una perspectiva diferente. Se da cuenta de que las impresiones sensoriales crudas solo nos son accesibles en los intersticios de una red conceptual, a la cual nos apresuramos a atarlas lo mejor que podemos (...) Ahora bien, los conceptos de objetos presentes suelen comprometer el futuro y nos dan un asidero sobre lo que está a punto de ocurrir». El guiño final de Torretti puede interpretarse como una invitación a considerar otras epistemologías posibles (diferentes al empirismo) que quizás nos provean de un mejor soporte conceptual para discutir sobre eventos futuros.

Nótese que las sospechas que levanta la categoría de *hecho futuro* son tanto semánticas como epistémicas. Las sospechas semánticas indican que no estamos en condiciones de llamar *hecho* a aquellos eventos que pueden no llegar a ocurrir en la realidad, para los efectos de fijar un genuino objeto de prueba en el marco de un proceso judicial⁷. Si vamos a discutir sobre la verdad o falsedad de un enunciado, los enunciados sometidos a escrutinio racional dentro del proceso deben ser de aquellos que puedan ser objeto de comprobación o falsación de acuerdo con los mecanismos propios de la epistemología general (Ferrer, 2021, pp. 22-23). De esta forma, Mora (2021, p. 68) ha destacado que «los hechos prospectivos, en sentido estricto, no son susceptibles de ser probados, en tanto no se puede corroborar algo que no ha sucedido».

Las sospechas epistémicas, en cambio, indican que no podemos adquirir conocimiento sobre eventos futuros para los efectos de justificar una decisión del modo y con la certeza requerida por el ordenamiento jurídico. En el centro del debate podemos identificar un conjunto de expectativas que se asocian a la partícula *hecho probado* para los efectos de justificar una decisión. Los enunciados que se postulan como hechos probados justifican la aceptación de una conclusión solo en la medida de que se validan conforme a las reglas que regulan la valoración probatoria. En los sistemas de sana crítica, esta validación es posible cuando una de la hipótesis se encuentra respaldada por inferencias que, en el mejor de los casos, conectan lo discursivo con lo sensorial, reduciendo la incertidumbre bajo el margen de lo tolerable por el sistema (Dei Vecchi, 2020, p. 28).

La categoría de *hecho futuro* es sospechosa en este sentido porque la manera estándar en que se produce conocimiento dentro de los procesos judiciales no sería la adecuada para justificar la adscripción normativa del estatus *probado* a un enunciado que trata sobre el futuro⁸. Este estatus se consigue mediante la *prueba*, una actividad que los cultores de la disciplina ya han definido en relación con la posibilidad de comprobar o falsar el contenido de un enunciado.

Pero queda todavía un asunto central al que no se ha prestado suficiente atención y que podría ser especialmente relevante para la discusión sobre el lugar que corresponde a los debates sobre el futuro dentro de la discusión probatoria (si es que corresponde alguno). Me refiero al concepto de error material⁹. Los teóricos de la prueba han sido enfáticos en señalar que su epistemología coloca en el centro del

⁷ Siguiendo la definición propuesta por Russell (1968), Daniel González Lagier (2022, pp. 19-20) afirma que, en el marco de las discusiones sobre la prueba, entendemos que los *hechos* son aquellos eventos que vuelven verdaderas o falsas nuestras proposiciones o creencias.

⁸ Uviller (1982, pp. 846-847), por ejemplo, sostiene que el discurso probatorio se estructura normalmente sobre ciertos verbos indicativos de que algo ha ocurrido y que ha dejado una huella en el mundo. Dentro de estos verbos podemos reconocer algunos tales como *detectar*, *inspeccionar*, *recolectar* y *resurgir*.

⁹ El concepto de error material al que se refiere este apartado no es la única noción del error que manejan los teóricos de la prueba. Con todo, parece ser la más intuitiva. Al respecto, ver: Gascón (2005); Ferrer (2018); y Carbonell (2022).

debate la distinción entre lo probado y lo verdadero como un presupuesto necesario para sustentar el control de la actividad probatoria. Para ello, resulta relevante la noción de verdad como correspondencia. Si el objetivo de la actividad probatoria es determinar la verdad de lo ocurrido, entonces las decisiones judiciales que se sustentan en premisas falsas han de ser consideradas como «errores»¹⁰. El error surge de la discrepancia entre los hechos probados y los hechos verdaderos. En este sentido, Carbonell (2023, p. 77) sostiene que comprobar un error exige realizar un ejercicio de contraste entre lo que se declara en instancias judiciales y lo que ha ocurrido en una realidad ajena al proceso:

desde un punto de vista epistémico, decir que un enunciado es erróneo equivale aproximadamente a afirmar que es falso. Ello significa que su calificación de “erróneo” implica una operación cognitiva de contraste entre el enunciado y un criterio. Asumiendo un concepto de verdad como correspondencia, este criterio consiste en la comprobación de la ocurrencia de hechos de los que da cuenta el enunciado en el mundo físico.

Pero ocurre que los enunciados mediante los que se expresan hechos futuros no pueden ser calificados como verdaderos o falsos al momento en que son proferidos. Esto porque tal calificación solo tiene sentido cuando los hechos que constituyen la referencia semántica del enunciado han, finalmente, ocurrido o no ocurrido dentro de los márgenes temporales que hemos definido para su comprobación o falsación. El problema de ello es que dicho momento de comprobación o falsación puede ocurrir solo una vez que el proceso judicial ha adquirido el estatus de cosa juzgada. Y si ello es así, entonces el error en el caso de los hechos futuros sería uno completamente irrelevante: no sería útil para modificar el resultado de un proceso. La categoría podría, entonces, ser sospechosa también en un sentido operativo. No serviría para sustentar el tipo de discusiones que nos interesan dentro del proceso judicial al momento de discutir sobre el error probatorio.

La noción de conocimiento presupuesta en el ideario de buena parte de los teóricos de la prueba establece, entonces, una conjunción entre las nociones de hecho probado, verdad como correspondencia y error material. El hilo conductor es empirista debido a que se asigna un rol protagónico a la memoria como sustento epistémico de la experiencia sensible al momento de representar la actividad probatoria. El fracaso de la actividad se condice con la falta de correspondencia entre lo probado, por un lado, y lo verdadero por otro. Prueba sin verdad sería una expresión que traspasa el margen de lo acordado por la disciplina en cuanto a su propuesta metodológica. En lo que sigue, intentaré mostrar que esta forma de entender el conocimiento no parece ser adecuada para los fines de controlar la calidad epistémica de las decisiones probatorias. Ello puede abrir paso a otras formas de entender el conocimiento producido en instancias judiciales que no necesariamente descansan en la noción de la verdad como correspondencia.

¹⁰ Una discusión de esta tesis puede consultarse en Dei Vecchi (2023a).

3. ¿CONOCIMIENTO SOBRE EL FUTURO?

La distinción planteada entre hechos probados y hechos verdaderos resulta intuitiva a primera vista, pero constituye el punto de partida de la discusión que me interesa desarrollar para los efectos de precisar el sentido que podría tener una discusión sobre el futuro en instancias judiciales. Como podrá anticipar el lector, hablar de conocimiento sobre hechos futuros parece extraño si se acepta lo que hemos reseñado en el capítulo anterior. Esto ocurre porque los enunciados sobre hechos futuros no son comprobables, verificables o falsables en el sentido en que debiesen serlo para que la distinción entre lo probado y lo verdadero tenga sentido dentro de los márgenes temporales del proceso¹¹. Si no contamos con hechos verdaderos al momento de tomar una decisión, no parece que tenga sentido hablar sobre la prueba como una genuina actividad de conocimiento dirigida a establecer la verdad sobre los hechos que son objeto de un litigio. La prueba de hechos futuros podría aceptarse solo en un sentido aproximativo o metafórico, pero no sería prueba en sentido estricto porque, del mismo modo, no versa sobre hechos en sentido estricto¹².

Ahora bien, de la afirmación según la cual *los enunciados sobre hechos futuros no pueden calificarse como verdaderos en sentido estricto* no se sigue necesariamente que todo ejercicio de prognosis sea equivalente a una adivinación injustificable en términos epistémicos. La tesis de que el conocimiento presupone verdad puede (y a mi parecer, debe) ser cuestionada al interior de la teoría de la prueba si esta pretende ser útil a la práctica judicial. Para sostener esta afirmación se pueden transitar dos caminos. El primero es discutir la utilidad de la distinción entre prueba y verdad para los efectos de representar la falibilidad de una decisión probatoria. Esto exige decir

¹¹ Es importante destacar que algunos enunciados sobre hechos futuros sí pueden ser verificados o falsados en el sentido estricto que presuponen los teóricos de la prueba cuando hablan sobre hechos pasados. El problema, como ya he anticipado, es que dicho ejercicio de verificación suele acontecer luego de que el proceso ha alcanzado el estatus de cosa juzgada material. Esto implica que, de verificarse una discrepancia entre lo afirmado en un primer momento y lo que podemos decir luego de ocurridos ciertos eventos, no sería una discrepancia relevante en términos procesales: no sería apta para modificar el estado o el resultado de la discusión jurídica que dio inicio al litigio.

¹² La dogmática ha utilizado la expresión hecho futuro para hacer referencia a enunciados sobre eventos que podrían no llegar a ocurrir. Los filósofos y epistemólogos que discuten sobre el futuro utilizan, de manera similar, la expresión “futuro contingente” para hacer referencia a instancias que, siendo posibles, no resultan necesarias (Øhrstrøm and Hasle, 2020). Lo que parece justificar el uso del término “hecho”, en este contexto, es la posibilidad de sujetar la corrección de nuestras expresiones a lo que sabemos de la realidad, de tal forma que buscamos ajustar nuestro lenguaje al mundo, incluso si ese mundo todavía no ocurre (Briggs y Forbes, 2011, pp. 257-258). Los autores que discuten sobre futuros contingentes a menudo debaten si es posible afirmar verdades no triviales sobre el futuro (MacFarlane, 2003, p. 327) y si tal posibilidad nos compromete o no con un conjunto de tesis metafísicas sobre la naturaleza de instancias futuras (Torre, 2011, p. 364). En este trabajo, no desarrollaré esta discusión porque, a mi parecer, resulta discutible que la expectativa por encontrar la verdad sea adecuada para estructurar una discusión probatoria exitosa.

algo sobre las altas expectativas que los teóricos de la prueba asocian a la partícula de *hecho probado* en los debates judiciales. El segundo camino consiste en mostrar cómo diferentes ejercicios de prognosis pueden ser evaluados racionalmente incluso si no tenemos acceso a un *hecho verdadero* en sentido estricto. Esto exige decir algo sobre el tipo de fenómenos que nos interesa anticipar o proyectar en instancias judiciales.

3.1. Altas expectativas epistémicas

Fuera del ámbito jurídico el asunto que nos interesa ha sido discutido a propósito de la diferencia entre verdad y justificación, usualmente con el objetivo de afirmar que podemos cometer errores incluso cuando contamos con información suficiente para respaldar nuestras creencias. La falibilidad es un punto central en los debates relativos al conocimiento puesto que nos interesa saber cómo, o de acuerdo con qué criterios, podemos distinguir una decisión epistémicamente correcta de una errada¹³. En el ámbito jurídico esta discusión es igual de importante. No solo porque mantenemos la expectativa de que nuestras instituciones procesales funcionen de manera correcta, sino porque el concepto de error es uno fundante de una serie de discusiones que pueden tener lugar dentro de un proceso¹⁴. En general, los participantes de nuestra disciplina sostienen que se ha cometido un error con la expectativa de que “algo pase”. Esperamos que los errores sean discutidos, verificados, sancionados (si corresponde), impugnados (si es posible), corregidos (si estamos a tiempo) y/o reparados (si han generado un daño). Es en este sentido en que el concepto de error es operativo: sirve a los participantes para lograr uno o varios objetivos dentro de una práctica reglada.

Conscientes de la importancia del error, los teóricos racionalistas han insistido en que este concepto opera como un presupuesto necesario para garantizar el control racional de las decisiones probatorias (Ferrer, 2005, pp. 21-22). Esta es una tesis que comparto. Solo si estamos en condiciones de sostener que los jueces pueden cometer errores, podemos también sostener que tiene sentido evaluar la corrección o incorrec-

¹³ De acuerdo con Peter Winch (2011), un error puede definirse como una contravención de lo que se ha establecido como correcto al interior de una práctica social en relación con un conjunto de reglas o parámetros de corrección (p. 39). Si adoptamos un concepto material del error, requerimos de criterios que nos permitan identificar la verdad o falsedad de un enunciado con el que se pretende representar la realidad a la que se hace referencia. En este sentido, la dirección de ajuste de nuestras creencias determina los criterios de evaluación de un enunciado (Anscombe, 2000).

¹⁴ Desde el punto de vista procesal, los teóricos de la prueba sostienen que la verdad de un enunciado fáctico constituye una condición necesaria, aunque no suficiente, para la correcta aplicación de una norma jurídica (Ferrajoli, 1995; Taruffo, 2002). Las razones para ello son bastante sencillas. Solo si podemos adscribir conductas realizadas a quienes efectivamente las han realizado, entonces el Derecho podrá operar como una técnica adecuada para la motivación de la conducta humana (Ferrer, 2007: 29). De esta manera, el proceso judicial se orienta, necesariamente, a la búsqueda de la verdad como objetivo prioritario (Taruffo, 2013). Una discusión sobre la tesis que sostiene la existencia de una conexión entre verdad y motivación puede consultarse en Reyes (2017).

ción de sus decisiones (Gascón, 2003, pp. 44-52). Lo que no parece ser tan intuitivo es la manera en que esta tesis (la tesis según la cual *el error es un presupuesto del control*) se relaciona con una concepción material del error probatorio. La falsedad de un juicio descriptivo difícilmente puede ser aceptada como un presupuesto para el control porque, en resumidas cuentas, no tenemos seguridad respecto de lo que realmente ha ocurrido fuera del proceso.

En el marco de esta discusión, parece especialmente relevante lo sostenido por Richard Rorty (2012, p. 12) a propósito de las diferencias que existen entre justificación y verdad. A su juicio, la principal diferencia que se da entre ambos conceptos es aquella que existe entre lo que puede ser reconocido (lo probado) y lo que no puede serlo (lo verdadero). En este sentido, sostiene que «(n)unca sabremos con seguridad que una creencia dada es verdadera, pero podemos estar seguros de que nadie es actualmente capaz de invocar objeciones residuales, de que todos coinciden en que merece ser sostenida». Siguiendo esta idea, podemos afirmar que, si no estamos en condiciones de determinar la verdad de lo que ha ocurrido, difícilmente podemos decir que los enunciados probados en el proceso coinciden o no coinciden con lo que ha ocurrido fuera de él. Y esto es un problema porque, como hemos dicho, el concepto de error debe ser útil para articular discusiones que no son solo especulativas.

Otra objeción recurrente a la utilidad de la distinción entre justificación y verdad ha sido formulada por autores que comparten una epistemología constructivista. Esta objeción apunta a que no podemos formular un juicio de correspondencia (o falta de ella) entre hechos y enunciados, entre la realidad y el lenguaje, puesto que no contamos con una unidad común que haga inteligible dicha comparación. Piense en lo siguiente. ¿Qué es lo que debemos comparar cuando comparamos enunciados y hechos? Para Torretti (2014, p. 37):

Es evidente que el acierto o desacierto de un enunciado aseverativo no se establece comparándolo con las cosas a las que supuestamente corresponde, sino con otros enunciados que hablan de las mismas cosas con mayor proximidad y detalle, o con más autoridad. La idea misma de un cotejo directo, sin intermediación verbal, entre lo que se dice y lo que es, es oscura e implausible; pues ¿cómo podría haber una correspondencia, una adecuación entre la serie de palabras, físicamente homogéneas, ordenadas linealmente en uno o más enunciados, y la diversidad y complejidad insondables de cualquier fragmento de la realidad?

Se podría contestar a la objeción planteada que los defensores de la verdad como correspondencia en el ámbito jurídico no plantean la formulación de un juicio con estas características sino uno más uniforme: entre el enunciado que representa el hecho a probar y los enunciados que, a modo de inferencias, conectan la prueba con las generalizaciones admisibles dentro del proceso. Pero aquí el problema subsiste. Si aceptamos que los enunciados sobre hechos a probar deben compararse con otros enunciados, entonces la distinción entre lo probado y lo verdadero colapsa. Aquello que estaríamos contrastando ya no serían hechos verdaderos con hechos probados. El objeto de un juicio de contraste se produciría entre enunciados que han sido validados dentro de un dominio de conocimiento (una ciencia, una disciplina, un arte) con otros enunciados que gozan de mayores o menores credenciales epistémicas (Colo-

ma, 2017, p. 48). Si se desea seguir empleando el rótulo de verdad para designar al resultado obtenido de un juicio con estas características, probablemente nos veríamos forzados a aceptar que ya no estamos hablando de la verdad como correspondencia¹⁵.

La apuesta de Rorty (2012, pp. 19 y ss.) es que parece sensato modificar parcialmente nuestras expectativas epistémicas o nuestras ambiciones respecto de lo que podemos lograr cuando hablamos de conocimiento. En lugar de representar estas ambiciones mediante una relación entre el sujeto que conoce y la realidad (esperando encontrar una coincidencia entre lo probado y lo verdadero), sería más sensato situar estas expectativas entre sujetos pertenecientes a diferentes comunidades discursivas. Aquí el anhelo compartido por encontrar *la verdad* podría sustituirse por el anhelo, compartido de igual forma, por obtener una *justificación adecuada* por parte de las instituciones judiciales al momento de decidir: lo que exigimos desde un punto de vista epistémico no es que un enunciado resulte ser verdadero o falso en un momento determinado, sino simplemente que esté justificado conforme a las reglas que determina un sistema de valoración probatoria¹⁶.

Si lo dicho es correcto, entonces la distinción entre justificación (prueba) y verdad ya no sería útil para expresar la posibilidad de cometer errores cuando nuestras afirmaciones no se corresponden con el mundo. Pero todavía podría ser relevante de una manera distinta. Podríamos pensar que esta distinción es útil como un recordatorio de que, en cualquier otro momento, es posible que surjan nuevas objeciones que pongan en tela de juicio, e incluso derroten, las mejores explicaciones que han sido presentadas, pero *solo hasta ese momento*. En el ámbito jurídico, este espacio temporal se encuentra acotado en tanto nuestras discusiones procesales aspiran a consolidar un estatus normativo de manera definitiva, lo que implica que algunas explicaciones solo pueden ser desafiadas de manera excepcional, como ocurre en casos penales con el recurso de revisión. Pero este recurso tampoco exige que demostremos que el tribunal ha dicho algo falso, sino simplemente que, a la luz de los nuevos antecedentes, la explicación que ha derivado en la condena del imputado resulta insostenible. Nada excluye que, fallado el recurso, nuevos antecedentes muestren que la explicación recién anulada resulte, nuevamente, respaldada por antecedentes de mejor factura¹⁷.

¹⁵ De ser este el caso, la idea de que pueden existir errores materiales (referidos al contenido de la premisa fáctica) que no son, al mismo tiempo, errores metodológicos (referidos a la forma en que se construye la premisa fáctica) podría ser cuestionada.

¹⁶ Nótese que esta postura no exige reemplazar una noción de la verdad como correspondencia por otra diferente pero que cumpla con una función análoga (por ejemplo, por una noción coherentista). De lo que se trata, en cambio, es de discutir la necesidad de afirmar que un enunciado es verdadero para los efectos de satisfacer nuestras expectativas epistémicas dentro del proceso.

¹⁷ Es posible que el desajuste entre las categorías disponibles sobre los *hechos* y las expectativas epistémicas tenga su origen en la particular atención que los teóricos de la prueba han puesto en el proceso penal al momento de modelar los conceptos básicos de su disciplina (Coloma, 2024, pp. 9-11). El proceso penal ocupa un lugar central en los debates sobre la prueba porque se trata de un proceso en que las reglas sobre la suficiencia probatoria coinciden con una alta expectativa epistémica sobre los discursos que validamos en instancias judiciales. De esta forma, las exigencias probatorias permiten

Lo dicho hasta este punto nos permite abrir un espacio para discutir sobre el conocimiento de los hechos futuros como objeto de prueba, pero no como una búsqueda de verdad sino más bien como una búsqueda de justificación. La pregunta no es si podemos o no conocer el futuro (en tanto intuiciones reveladas en tiempo presentes que indiquen la verdad de lo que está por venir en el mundo). Si no, más bien, si podemos construir argumentos adecuados para sostener decisiones judiciales que presuponen consideraciones prospectivas; y si tales consideraciones pueden ser controladas racionalmente. Aquí todavía podrían subsistir objeciones relevantes de tipo epistémico en tanto no se indique con claridad cómo o de qué forma podríamos formular tales argumentos con la precisión requerida por el ordenamiento jurídico en cada caso. Para enfrentar este desafío, resulta conveniente echar un vistazo al tipo de fenómenos que nos interesa anticipar en el marco de un proceso judicial.

4. EL PROBLEMA DE HABLAR SOBRE EL FUTURO

La manera en que hablamos sobre el futuro deja en evidencia dos diferencias importantes respecto del pasado. Estas diferencias suelen conectarse con la incertidumbre, aunque probablemente el término es usado en más de un sentido. En primer lugar, decimos que “el futuro es incierto” con el objetivo de limitar nuestras expectativas sobre el conocimiento que podemos alcanzar respecto de eventos futuros. La certidumbre respecto del futuro no es común si se acepta una de las siguientes premisas: (1) que el mundo no posee una estructura determinista, de tal manera que podemos anticipar diferentes futuros o mundos posibles¹⁸; o bien (2) que el mundo posee una estructura determinista, pero esta es compleja, de tal manera que anticipar un evento futuro es una tarea que implica atender a la relación que existe entre múltiples factores en constante cambio (Morin, 2011, pp. 32-35). En segundo lugar, la frase suele emplearse para enfatizar que existe un margen para la acción y la planificación. A diferencia del pasado, los asuntos sobre el futuro se encuentran “abiertos”, de tal manera que las acciones que realizamos en el presente condicionan los resultados que podemos llegar a esperar de manera justificada.

La diferencia en la manera en que procesamos los problemas del pasado y del futuro se encuentra también presente en la configuración histórica de nuestro lenguaje. Como señala Jouvenel (1967), en latín se reserva el vocablo *facta* para designar a los eventos pasados, mientras que se utiliza el término *futura* para hacer referencia a los eventos que todavía no han ocurrido. Solo los asuntos de *facta* pueden ser discutidos o procesados bajo los calificativos de verdadero o falso, mientras que los

encontrar una coincidencia entre lo probado y lo que normalmente llamaríamos “verdadero” respecto (y solo respecto) a la condena de un imputado (Dei Vecchi, 2023b, pp. 8-9). Pero estas expectativas parecen desmedidas si pretendemos satisfacerlas en procesos donde la búsqueda de la verdad ocupa un lugar secundario o cuando los hechos a probar simplemente no son susceptibles de calificarse como verdaderos o falsos en sentido estricto.

¹⁸ En este sentido Goodman (1973), pp. 96 y ss.

asuntos de *futura* no pueden calificarse de esta manera en sentido estricto, siguiendo una noción de la verdad como correspondencia. Esto explica que la expresión “hecho futuro” (o su traducción en inglés “future fact”) resulta sospechosa en tanto parece contener una contradicción en los términos siempre que hablemos de futuros contingentes; y que adoptemos una noción estricta de conocimiento en relación con la verdad como correspondencia¹⁹.

Las diferencias idiomáticas no parecen ser especialmente relevantes para evitar o disolver esta asimetría. Como podrá anticipar el lector, la mayoría de (sino todos) los idiomas se estructuran sobre un conjunto bien definido de tiempos verbales (Cariani, 2021, p. 3), de tal manera que algunas de nuestras expresiones solo tienen sentido cuando son formuladas en relación con un estado de cosas pasado, presente o futuro. De esta forma, mientras tiene sentido afirmar que “haremos todo lo posible para evitar una tercera guerra mundial”, no parece tener sentido decir que “lograremos evitar que la segunda haya tenido lugar”. Las diferencias entre tiempos verbales parecen ajustarse, de esta forma, a una serie de intuiciones más profundas vinculadas con la naturaleza misma del tiempo y con la manera en que podemos justificar algunas de nuestras creencias (Torre, 2024, p. 41).

Pero hay que tener cuidado con esta afirmación. Del hecho de que nuestro lenguaje favorezca una distinción entre pasado y futuro no se sigue que el futuro sea inaccesible en términos epistémicos o que la incertidumbre respecto al pasado sea siempre menor. Es más. Así como podemos decir que nuestro lenguaje favorece la distinción entre tiempos verbales, también podemos decir que, del mismo modo, nos permite asumir cargas epistémicas sea que discutamos sobre el pasado, sobre el presente o sobre el futuro. Piense, por ejemplo, en la distinción entre “adivinación” y “pronóstico”. Nadie dudaría que adivinar no es lo mismo que pronosticar porque la segunda es una actividad que se encuentra sujeta a reglas vinculadas con la manera en que podemos utilizar la información disponible. De esta manera, mientras podemos controlar un pronóstico (distinguir entre pronósticos correctos o incorrectos desde un punto de vista metodológico) no podemos hacer lo mismo con la adivinación. Quien adivina, en cambio, no se sujeta a ninguna regla (racional) sobre la manera en que se construye conocimiento o se fundamentan nuestras creencias.

En este sentido, no niego que la distinción entre hechos pasados y futuros juegue un rol relevante al momento de distribuir cargas entre las partes para los efectos de justificar una pretensión en instancias judiciales. Nuestro lenguaje favorece la distinción y no hay razones para evitarla, aunque sí para formular algunas consideracio-

¹⁹ Ya hemos dicho, con todo, que podemos evitar esta contradicción si consideramos que el conocimiento sobre los hechos no requiere necesariamente un compromiso con la noción de la verdad como correspondencia. El compromiso epistémico adquirido al formular un enunciado fáctico en instancias judiciales no implica encontrar o buscar la verdad de lo ocurrido, sino exhibir las credenciales que legitiman nuestras afirmaciones y que permiten contrastar la afirmación con otras semejantes en prestigio, profundidad, detalle u otra cualidad similar.

nes adicionales sobre lo que significa decir que el futuro es incierto y abierto. Estas consideraciones son necesarias para precisar qué es aquello que podemos controlar en instancias judiciales cuando los jueces toman decisiones que se fundamentan en consideraciones prospectivas.

4.1. Futuro incierto y futuro abierto

Decir que el futuro es incierto parece correcto, pero también lo sería afirmar que tampoco gozamos de certidumbre cuando discutimos sobre asuntos que han acontecido en tiempo pasado (Underwood, 1979, p. 1413). Sostener una distinción tajante entre asuntos pasados y futuros puede propender a una actitud demasiado cauta respecto de las decisiones que debemos tomar en instancias judiciales. Si bien los asuntos futuros están marcados por una clara incertidumbre respecto de lo que puede llegar a ocurrir, desde un punto de vista epistémico es posible matizar esta diferencia si consideramos el conocimiento disponible al momento de tomar una decisión. En este sentido, es posible que existan situaciones en que nuestro conocimiento sobre un fenómeno futuro sea más completo que nuestro conocimiento respecto de un fenómeno presente o pasado. Si nuestro interés es justificar nuestras decisiones, entonces debiésemos considerar que el desafío de la incertidumbre es contingente a la información disponible y a nuestra comprensión del mundo, no tanto respecto al tiempo en que ha ocurrido (u ocurrirá) un fenómeno²⁰.

Revisemos esta idea más en detalle. En nuestro lenguaje cotidiano disponemos de diversos términos que nos permiten hacer referencia a hechos futuros, tales como predicción, pronóstico, planificación y adivinación (Decouflé, 1974)²¹. Cada uno de ellos refleja un compromiso epistémico diferente en relación con la información disponible. Si tenemos poca o nula información sobre el hecho, podemos decir que estamos adivinando. Si contamos con información completa y podemos anticipar con certeza el rumbo de los acontecimientos, podemos decir que estamos prediciendo. Si somos capaces de influir en el rumbo de los acontecimientos buscando un resultado en particular, bien podríamos sostener que estamos planificando. En cambio, si suponemos un curso de los acontecimientos basados en variables que se comportan con cierta aleatoriedad, estamos pronosticando.

²⁰ Curiosamente, algunos tribunales consideran que no es necesario o posible justificar sus afirmaciones sobre el futuro, quizás alentados por cierto tipo de escepticismo respecto de lo que va a ocurrir: dado que no conocemos el futuro en sentido estricto, entonces no parece necesario justificar epistémicamente nuestras consideraciones prospectivas. Algunos ejemplos de ello pueden consultarse en: Ferguson (2020) y en Dyk (2023).

²¹ Estos términos denotan operaciones que son habitualmente estudiadas por disciplinas como la prospectiva. Los estudiosos del futuro a menudo sostienen que la incapacidad de obtener una certeza absoluta al formular predicciones (1) no debe entenderse como una nota distintiva de los hechos futuros (puesto que a menudo tampoco obtenemos tal certeza respecto del pasado); y (2) no justifica, por sí sola, la racionalidad de esperar a que ciertos hechos lleguen a ocurrir para los efectos de tomar una decisión.

Todos los conceptos señalados se refieren a hechos futuros, pero reflejan un compromiso epistémico diferente. Mientras que la adivinación refleja un nulo compromiso epistémico (y, por ello, se trata de una actividad incontrolable), el éxito (o el fracaso) de las restantes depende, al menos en parte, del tipo de fenómeno que estemos anticipando. De esta forma, podemos pronosticar si vendrán lluvias durante la próxima semana, predecir eclipses y planificar unas vacaciones. Parece claro que el mayor compromiso lo adquirimos al formular predicciones, pero, como veremos a continuación, los fenómenos que nos interesa predecir en el mundo jurídico no son de aquellos que realmente podemos predecir en el sentido estricto de la expresión.

Los fenómenos que pueden ser predichos cumplen con una serie de condiciones que no son habituales en el mundo físico (Staley, 2002, p. 75). Para que podamos formular predicciones es necesario que estemos ante fenómenos estacionarios, aislados y respecto de los cuales contamos con un conocimiento acabado. En su particular crítica al historicismo, Popper (1991, p. 407) argumenta que las razones que nos permiten formular predicciones en casos como el de los eclipses no deben tomarse como una base regular para formular analogías en otras áreas del conocimiento o respecto de otro tipo de fenómenos:

Las profecías de eclipses, así como las profecías basadas en la regularidad de las estaciones (quizás las más antiguas leyes naturales comprendidas conscientemente por el hombre), sólo son posibles porque nuestro sistema solar es un sistema estacionario y repetitivo. Y esto es así debido al accidente de que se encuentra aislado de la influencia de otros sistemas mecánicos por inmensas regiones de espacio vacío, lo cual hace que esté relativamente libre de interferencias exteriores (...) Estos sistemas repetitivos son casos especiales en los que la predicción científica se hace particularmente impresionante, pero eso es todo.

Los hechos futuros que deseamos anticipar dentro del proceso judicial no cumplen con estas características. Se trata de fenómenos que no comprendemos a cabalidad y que, con frecuencia, se ven afectados por lo que ha sido denominado *paradoja del conocimiento*. Esta paradoja se produce cuando la probabilidad de que ocurran algunos eventos se encuentra directamente relacionada con nuestra ignorancia, de tal manera que, por el solo hecho de adquirir conocimiento, probablemente no ocurran de la misma forma en que lo hemos anticipado (Harari, 2024, pp. 69 y ss.). Un ejemplo claro es el funcionamiento de los mercados financieros. La sola creencia, compartida por un grupo de accionistas, de que el valor de las acciones de una empresa va a subir probablemente modifique su conducta de tal manera que las acciones terminen subiendo más de lo pronosticado inicialmente.

Es probable que los términos más adecuados para representar nuestras expectativas dentro del proceso sean los de pronóstico y planificación. Los pronósticos son especialmente útiles cuando enfrentamos fenómenos complejos cuya ocurrencia depende de múltiples factores que no podemos alterar significativamente. Este es el caso de eventos naturales como los terremotos, los tsunamis, las erupciones volcánicas y los incendios forestales. Para lidiar con la incertidumbre respecto de este tipo de eventos solemos desarrollar modelos aproximativos que pueden entregar información valiosa sobre lo que podemos llegar a esperar dentro de un rango de tiempo

(más o menos extenso). A menudo, estos modelos se construyen tomando en consideración la información disponible respecto de eventos pasados que se repiten con cierta regularidad. Luego, suponemos que un devenir normal de los acontecimientos implicará que tales eventos se repitan. Por ejemplo, sabemos que Australia enfrentará una temporada de incendios forestales cada verano incluso si no podemos anticipar con precisión el momento en que se producirá cada uno de ellos.

En ocasiones los operadores jurídicos deben tomar decisiones considerando la posible ocurrencia de eventos de este tipo para los efectos de distribuir cargas normativas vinculadas con la prevención. Así ocurrió en el caso del *Hotel Punta Piqueros*. Los tribunales nacionales debían decidir si el proyecto había cumplido con requisitos impuestos por el sistema de evaluación ambiental para los efectos de determinar su estado de avance y la posibilidad de proseguir con la construcción. Uno de los argumentos relevantes se formuló en torno a la posibilidad de que ocurriese un tsunami en la zona, lo que implicaba redoblar esfuerzos tendientes a resguardar la vida de los posibles ocupantes. En casos de este tipo, la verdad de la conjetura propuesta por el tribunal no parece ser particularmente relevante para evaluar la racionalidad de su decisión. Incluso si el tsunami no se produce (o no se produce dentro de un margen de tiempo razonable) podemos sostener que el tribunal hace bien en considerar la posibilidad de que dicho evento ocurra.

La planificación cobra especial relevancia cuando podemos incidir en la ocurrencia de un fenómeno. Frente a este tipo de eventos no nos interesa tanto saber lo que va a ocurrir sino construir un plan de acción adecuado para actuar racionalmente en el presente. Los hechos futuros de este tipo no se conciben tanto como un misterio a develar, sino que se entienden como un insumo para evaluar nuestras decisiones actuales atendiendo al futuro que queremos construir (Montfort, 2020). Las decisiones en materia cautelar pueden representarse de esta manera. Al intentar evitar un resultado disponemos de medidas preventivas que no tienen como finalidad predecir un evento futuro, sino que precisamente buscan que dicho evento, luego de ser conjeturado, no ocurra en la realidad.

Pensemos, por ejemplo, en un caso de libre competencia. Suponga que debemos determinar si la adquisición de una compañía, por parte de un competidor directo, producirá una barrera de entrada tal que impedirá a otros competidores desafiar su posición dominante dentro del mercado. Ante un caso de este tipo, se le presentan dos opciones. La primera es detener la operación y evitar la compra. Pero si toma esta medida es posible que nuestra conjetura inicial no pueda ser verificada en sentido estricto. Dado que impedimos la adquisición no estaremos en condiciones de comprobar la posible producción del monopolio que justificó nuestra medida cautelar en primer lugar. La segunda opción consiste en permitir la operación económica esperando que el monopolio simplemente no llegue a producirse. Y aquí podemos obtener dos resultados. Que el monopolio no se forme, caso en que podríamos pensar que la medida cautelar no era necesaria. O que el monopolio se forme, caso en que nuestra conjetura podría considerarse comprobada: el resultado que habíamos

conjeturado finalmente se ha producido en la realidad. Nuestra conjetura ha resultado ser verdadera, pero, si este es el caso, parece contraintuitivo afirmar que el juez actuó de forma correcta. Ya sea que estemos pronosticando o planificando, la verdad de nuestra conjetura, por sí sola, no parece ser un dato relevante para evaluar nuestras decisiones dentro del margen temporal del proceso judicial.

Entender los enunciados sobre hechos futuros como planificaciones y pronósticos (y no como predicciones) es relevante porque nos permite identificar los criterios necesarios para evaluar la calidad de una decisión. Al formular una predicción nos comprometemos con la posibilidad de comprobar o verificar la verdad de nuestro enunciado, un compromiso similar al que, según los teóricos de la prueba, adquirimos al probar hechos pasados. En este sentido, las predicciones fracasan (son erradas) cuando existe una discrepancia entre lo aventurado y lo que realmente ha ocurrido. Se trata de un juicio *a posteriori* que tiene sentido luego de que podemos referenciar un resultado que opera como criterio de corrección. Cuando dicho resultado coincide con el valor anticipado, podemos sostener que nuestra predicción ha sido exitosa²².

Los pronósticos y las planificaciones no pueden evaluarse de esta manera porque nuestro compromiso inicial no guarda una relación estrecha con la verdad o falsedad del enunciado. En el caso de los pronósticos ello ocurre porque se emplean modalizadores del discurso (como “probablemente”) que, *grosso modo*, son compatibles con la posibilidad de que el evento conjeturado no ocurra de la manera en que hemos anticipado. La planificación, en cambio, nos compromete con un modo de actuar que resulta adecuado para obtener un resultado que se estima valioso, pero el juicio de corrección es *a priori*. Esto es así porque muchas veces planificamos con la expectativa de evitar que un resultado se verifique en la realidad. Que el hecho conjeturado no llegue a ocurrir no implica, en estos casos, que la decisión sea incorrecta (como sí parece ocurrir en el caso de la predicción). Todavía más, podemos imaginar casos en que el éxito de la planificación coincida con la no ocurrencia del fenómeno que ha sido proyectado²³.

4.2. Futuro y error

Si entendemos que los enunciados sobre hechos futuros denotan operaciones de pronóstico o planificación, no tiene sentido procesal preguntarnos si el hecho conjeturado ha resultado ser verdadero o falso. En el caso de los pronósticos, la pregunta resulta poco relevante porque la conjetura podría ser correcta incluso si el hecho que

²² Aquí estoy suponiendo que la verificación o comprobación es posible en el caso de los enunciados sobre hechos pasados, pero como ya hemos señalado, existen razones que nos permiten dudar de que tal ejercicio de comprobación tenga sentido en instancias judiciales.

²³ Esto, por ejemplo, podría ocurrir en casos de justicia cautelar, donde el éxito del proceso depende de evitar que un resultado se produzca en la realidad.

hemos anticipado finalmente no se verifica en la realidad. Algo similar ocurre en el caso de las planificaciones, en donde nuestra decisión puede tener por finalidad lograr que el evento finalmente no ocurra. Aquí la no ocurrencia del hecho conjeturado podría incluso operar como un indicativo del éxito judicial y no de la existencia de un error.

Si entendemos que los enunciados sobre hechos futuros denotan operaciones de predicción en sentido estricto, tampoco tiene sentido procesal la pregunta por la falsedad del hecho. Esto porque dicha verificación solo es posible *a posteriori*, luego de que hemos tomado una decisión y podemos contrastar el contenido de nuestro enunciado inicial con un resultado comprobable en la realidad. Ello implica que nuestra verificación ocurre luego de que el proceso ha alcanzado el estatus de cosa juzgada material. Y ello es importante porque entonces, si se ha cometido un error, se trata de un error que no tiene la aptitud para modificar el resultado del proceso. Será un error que no posee relevancia jurídica.

Lo dicho no implica que debamos renunciar al control racional de las decisiones judiciales sobre hechos futuros. Tanto los pronósticos como las planificaciones pueden ser controladas *a priori*, antes de que ocurran (si es que ocurren) los eventos a los que hacen referencia. Pero para garantizar dicho control, parece necesario ajustar nuestras expectativas epistémicas identificando qué podemos decir sobre el futuro con la seguridad suficiente como para justificar una decisión. Para ello, parece especialmente relevante atender al tipo de proceso judicial en que se debe realizar la consideración prospectiva. Dentro de un proceso judicial civil por daño futuro o en un proceso constitucional ante la amenaza a un derecho fundamental nuestras conjeturas parecen representarse, de mejor manera, mediante conceptos como los de planificación y pronóstico. Ello nos permite identificar criterios o marcadores del error judicial que no requieren afirmar que un enunciado es verdadero o falso en sentido estricto, siguiendo una noción de la verdad como correspondencia.

5. CONCLUSIONES Y ALGUNOS DESAFÍOS PENDIENTES

El estudio de los hechos futuros presenta una serie de desafíos desde un punto de vista lógico, semántico y epistémico. Desde el punto de vista judicial, con todo, las tareas pendientes parecen ser dos. La primera de ellas consiste en ajustar nuestras expectativas epistémicas al tipo de hecho futuro que debemos conjeturar dentro de los procesos judiciales. Ya sabemos que predecir hechos futuros es una tarea compleja que solo parece posible respecto de eventos sobre los cuales tenemos un conocimiento acabado y que acontecen de manera regular en el mundo físico, como el movimiento de los cuerpos celestes o la subida de la marea. Respecto de los eventos que habitualmente debemos anticipar en los procesos judiciales este no es el caso, de tal manera que las operaciones que realizamos no son predicciones en sentido estricto: no podemos predecir el comportamiento de los mercados financieros, el desarrollo futuro de un niño o la fecha exacta en que ocurrirá un tsunami. Esto es importante

porque distribuimos cargas y beneficios entre ciudadanos que se fundan en razonamientos prospectivos. Entregamos a uno de los padres la tuición pensando en que el menor se desarrollará de mejor manera; exigimos mayores medidas preventivas a un hotel que se instalará en el borde costero; y evitamos la compra de un actor económico por parte de un competidor directo porque pensamos que ello generará un monopolio. Pensar los hechos futuros desde la posibilidad de formular predicciones contribuye a que los operadores jurídicos fijen exigencias desmedidas a las partes al momento de justificar sus pretensiones.

Para ajustar nuestras expectativas epistémicas conviene desarrollar un vocabulario que nos permita distinguir entre diferentes operaciones mediante las que procesamos los problemas sobre el futuro. Los prospectivistas distinguen entre adivinanzas, pronósticos, planificaciones y predicciones. Cada una de estas operaciones media entre las posibilidades de actuar y las posibilidades de, en un momento futuro, verificar o comprobar. Pero el foco de los estudios sobre el futuro se ubica en las posibilidades de actuar para construir un futuro deseable, no tanto en la posibilidad de predecir un futuro con la pretensión de formular enunciados que, a la postre, resulten verdaderos. Los procesos judiciales en que decidimos hechos futuros suelen estructurarse de la misma forma: el foco de interés está en evitar resultados inaceptables mediante acciones en tiempo presente. De esta forma, el futuro que interesa en un sentido procesal es el futuro que puede construirse mediante las decisiones adoptadas por el juez.

La segunda tarea pendiente consiste en definir las condiciones del error judicial en el caso de los hechos futuros. Uno de los avances más notorios de la teoría del razonamiento probatorio consiste en el intento por disciplinar las decisiones fácticas de los tribunales de justicia a partir de la distinción entre hechos probados y hechos verdaderos. El problema aquí es doble. Por un lado, los operadores jurídicos no tienen acceso a los segundos como una entidad independiente de los primeros. Lo que podemos considerar para tomar decisiones correctas son los hechos probados, no los hechos que realmente han acontecido fuera del proceso. Por otro, los enunciados que se validan en procesos judiciales no siempre son susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos siguiendo una noción de la verdad como correspondencia.

La importancia de definir los criterios de corrección que podemos emplear para evaluar decisiones sobre hechos futuros radica en la posibilidad de controlar la actividad judicial y uniformar la administración de justicia. Esto ocurre porque las diversas operaciones que posibilitan el control de las decisiones judiciales requieren que estemos en condiciones de sostener que el juez ha cometido un error significativo. Este es el caso de operaciones como la apelación o la casación. Pero ocurre que la verdad como correspondencia no es un buen criterio. En el caso de los hechos futuros el criterio de la verdad como correspondencia no es adecuado porque tales enunciados no pueden calificarse como verdaderos o falsos dentro de los confines del proceso judicial. Esto exige desarrollar un esfuerzo doctrinal en construir criterios alternativos que puedan ser útiles para evaluar las conjeturas propuestas por los tribunales de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- Accatino, D. (2019). ¿Somos todos racionalistas ahora? *Revus: Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 39(1), pp. 85-102.
- Amsterdam, A. and Bruner, J. (2002). *Minding the Law*. Harvard University Press.
- Anscombe, E. (2000). *Intention*. Harvard University Press.
- Austin, J. (1971). *Cómo hacer cosas con palabras*. Paidós.
- Bayón, J. (2008). Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no Benthamiano. *Analisi e Diritto*, 2(4), pp. 15-34.
- Bravo, S. (2023). Lenguaje, lógica y algunas repercusiones de la (in)definición del thema probandum. *Quaestio facti: Revista Internacional de Derecho Probatorio*, 4(1), pp. 61-94.
- Briggs, R. and Forbes, G. (2011). The Real Truth About the Unreal Future. In K. Bennett (ed.), *Oxford Studies in Metaphysics volume 7* (pp. 257-304), Oxford University Press.
- Carbonell, F. (2022). Un modelo de decisión judicial justificada para el proceso penal chileno. *Política Criminal*, 17(33), pp. 58-84.
- Carbonell, F. (2023). Los errores del juez. Presupuestos y tipologías, en J. García Amado (ed.), *El error judicial. Problemas y regulaciones* (pp. 57-86). Tirant Lo Blanch.
- Cariani, F. (2021) *The Modal Future*. Cambridge University Press.
- Coloma, R. (2016). Las disciplinas jurídicas y su reinención. *Revista Ius et Praxis*, 22(2), pp. 253-298.
- Coloma, R. (2017). Bases de un modelo conceptual para decidir hechos. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 40(1), pp. 69-92.
- Decouflé, A. (1974). *La prospectiva*. Oikos-tau.
- Dei Vecchi, D. (2020). Prueba libre, justificación epistémica y el noble sueño de los estándares de prueba. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 33(2), pp. 25-48.
- Dei Vecchi, D. (2023a). Sentencia judicial, prueba y error: El rol de la verdad de las premisas fácticas en la aplicación de normas jurídicas y en la justificación de decisiones judiciales. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, 58(1), pp. 107-148.
- Dei Vecchi, D. (2023b). Sentencias judiciales con premisas falsas: entre fallas, errores y exageraciones. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 49(1).
- Dyk, T. (2023). The Role of Non-Adjudicative Facts in Judicial Decision Making. *Stanford Law Review Online*, 76(1), pp. 10-29.
- Ferguson, B. (2020). Predictive Facts. *Washington Law Review*, 95(3), pp. 1621-1672.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Ferrer, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba* (2ª edición). Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2018). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba, en D. Papayannis y E. Pereira (eds), *Filosofía del derecho privado* (pp. 401-430). Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2021). Proven facts, Beliefs, and Reasoned Verdicts, in C. Dahlman, A. Stein, y G. Tuzet (eds), *Evidence Law* (pp. 40-52). Oxford University Press.
- Gascón, M. (2003). Concepciones de la prueba: Observación a propósito de Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo. *Revista Discusiones*, 3(1), pp. 43-54.
- Gascón, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 28(1), pp. 127-139.
- Gascón, M. (2010). *Los hechos en el derecho* (3ª edición). Marcial Pons.
- Gascón, M. (1999). La naturaleza preálgebraica de la matemática escolar. *Educación Matemática*, 11(1) pp. 77-88.
- Giannini, H. (2021). *Desde las palabras: A propósito de la rectitud de los nombres*. Ediciones Universidad Diego Portales.
- González Lagier, D. (2022). *Quaestio facti: Nuevos ensayos sobre prueba y filosofía. Volumen I* (2ª edición). Palestra.

- Harari, Y. (2024). *Homo Deus: Breve historia del mañana*. Debate.
- Hunter, I. (2015). Las dificultades probatorias en el proceso civil. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 22(1), pp. 209-257.
- Jouvenel, B. (1969). *The Art of Conjecture*. Basics Books.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal*. Marcial Pons.
- MacFarlane, J. (2003). Future Contingents and Relative Truth. *The Philosophical Quarterly*, 53(212), pp. 321-336.
- Marchese, E. (2019). De incertidumbre no se muere. *Eunomía. Revista de Cultura de la legalidad*, 17(1), pp. 8-34.
- Montfort, N. (2020). *El futuro*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Mora, J. (2021). Predictibilidad conductual y proceso penal. Algunos apuntes sobre el fundamento epistémico de los hechos futuros en las medidas cautelares. *Quaestio Facti: Revista Internacional de Derecho Probatorio*, 2(1), pp. 53-85.
- Morin, E. (2011). Introducción al pensamiento complejo. Gedisa.
- Muñoz Sabaté, L. (2001). *Fundamentos de prueba judicial*. J. M. Bosch.
- Øhrstrøm, P. and Hasle, P. (2020). *Future Contingents*. The Stanford Encyclopedia of philosophy. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/future-contingents>.
- Popper, K. (1991). *Conjeturas y refutaciones*. Paidós.
- Reyes, S. (2017). Sobre derecho y la averiguación de la verdad. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 40(1), pp. 317-336.
- Rivera, R. (2011). *La prueba: un análisis racional y práctico*. Marcial Pons.
- Rorty, R. (2012). *Sobre la Verdad: ¿validez universal o justificación?* Amorrrortu Editores.
- Russell, B. (2018). *Ensayos filosóficos* (3ª edición). Alianza.
- Staley, D. (2002). A History of the Future. *History and Theory*, 41(4), pp. 72-89.
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos* (4ª edición). Trotta.
- Taruffo, M. (2013). La verdad en el proceso. *Derecho y sociedad*, 40(1), pp. 239-248.
- Torre, S. (2011). The Open Future. *Philosophy Compass*, 6(5), pp. 360-373.
- Torre, S. (2024). Knowledge of the Future and Reliable Belief Forming Processes. *Australasian Journal of Philosophy*, 130 (1), pp. 39-57.
- Torretti, R. (2014). *Estudios filosóficos 2011-2014*. Ediciones Universidad Diego Portales.
- Tuzet, G. (2021). *Filosofía de la prueba jurídica*. Marcial Pons.
- Underwood, B. (1979). Law and the Crystal Ball: Predicting Behavior with Statistical Inference and Individualized Judgment. *Yale Law Journal*, 88(7), pp. 1408-1449.
- Uviller, R. (1982). Evidence of character to prove conduct. Illusion, Illogic, and injustice in the courtroom. *Penn Law Review*, 130(1), pp. 845-891.
- Valenzuela, J. (2022). Sin convicciones sobre el futuro. Una observación a “Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso” de Jordi Ferrer a propósito de la prueba cautelar. *Revista Discusiones*, 28(1), pp. 159-177.
- Winch, P. (1958). *Ciencia social y filosofía*. Amorrrortu editores.

