





JORDI FERRER BELTRÁN

FILOSOFÍA DEL DERECHO

## PRUEBA Y VERDAD EN EL DERECHO

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Jordi Ferrer Beltrán

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ 91 304 33 03

ISBN: 84-9768-023-5

Depósito legal: M. 5.448-2003

Fotocomposición: INFORTEX, S. L.

Impresión: CLOSAS-ORCOYEN, S. L.

Polígono Igarza. Paracuellos de Jarama (Madrid)

MADRID, 2002

*Para Laia, que fue mientras escribía este libro,  
y para Maribel, que hizo posibles ambas cosas*

Este libro es una continuación en el marco del mismo que, desde algún tiempo y después de largas pausas de jura de un lado y de silencio, especialmente en Europa (otra es la situación en los países de lengua inglesa), mantuvieron los filósofos y los juristas europeos hacia la prueba judicial.

El primer destino, vale la pena decirlo, el de los problemas relativos a la prueba. Es obvio, y ningún filósofo o jurista práctico podría negarlo, que la prueba y la determinación judicial de los hechos son de los problemas fundamentales del proceso, de la justicia y del ordenamiento jurídico en general. Por otra parte, el proceso no es solamente el único contexto en el que surge la necesidad de establecer la verdad de circunstancias fácticas sobre la base de las informaciones y de los conocimientos disponibles en un momento determinado de modo que parece imposible escapar el problema de la prueba al ámbito específico del procedimiento judicial.

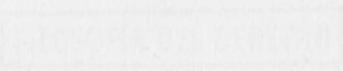
En cualquier caso, una actitud ampliamente mayoritaria entre los filósofos del Derecho les ha inducido a pensar que el de la prueba de los hechos es un problema que debe dejarse a los juristas y, en particular, a los procesalistas civiles y penales. Puede ser que los filósofos piensen que, en materia de las modalidades mediante las que se determinan los hechos en juicio, esta sea una cuestión que debe ser afrontada exclusivamente desde el Derecho procesal. Las cosas no son así, como muestran los ejemplos citados en este volumen, aunque eso no evita que se trate de un tema muy debatido entre los juristas del Derecho. El mismo tema, por sus partes, está ampliamente debatido entre los juristas y los filósofos, entre los procesalistas. Esto, en efecto, tiende a sobre-

### PRÓLOGO

*Este trabajo se sitúa completamente en el marco del interés que, desde hace algún tiempo y después de largos períodos de falta de atención y de silencio, especialmente en Europa (otra es la situación en los sistemas de lengua inglesa), manifiestan los filósofos y los teóricos del Derecho hacia la prueba judicial.*

*Extraño destino, vale la pena decirlo, el de los problemas teóricos referidos a la prueba. Es obvio, y ningún filósofo o jurista práctico sensato podría negarlo, que la prueba y la determinación judicial de los hechos es uno de los problemas fundamentales del proceso, de la justicia y del ordenamiento jurídico en general. Por otra parte, el proceso no es, ciertamente, el único contexto en el que surge la necesidad de establecer la verdad de circunstancias fácticas sobre la base de las informaciones y de los conocimientos disponibles en un momento determinado, de modo que parece imposible encerrar el problema de la prueba en el limitado espacio del procedimiento judicial.*

*Sin embargo, una actitud ampliamente mayoritaria entre los filósofos del Derecho les ha inducido a pensar que el de la prueba de los hechos es un problema que debe dejarse a los juristas y, en particular, a los procesalistas civiles y penales. Puede ser que los filósofos piensen que, tratándose de las modalidades mediante las que se determinan los hechos en juicio, ésta sea una cuestión que debe ser afrontada exclusivamente desde el Derecho procesal. Las cosas no son así, como muestra Jordi FERRER en este volumen, aunque eso no evita que se trate de un error muy difundido entre los teóricos del Derecho. El mismo error, por otra parte, está ampliamente difundido entre los juristas y, en particular, entre los procesalistas. Éstos, en efecto, tienden a sobre-*



*Para leer, que las mentes se abran con libro,  
y para saber, que las cosas se abran con libro.*

*Queda rigurosamente prohibida, sin la autorización escrita de los titulares del "Copyright", bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.*

© Jordi Ferrer Borrás  
© MARCIAL PONS  
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES S. A.  
Calle Bravo, 4 - 28017 MADRID  
T 91 361 21 45  
ISBN 84-7042-11-5  
Depósito legal M. 1.498-2/85  
Publicación: Icaria, S. L.  
Impreso: Artes Gráficas S. L.  
Imprenta: Artes Gráficas S. L.  
Imprenta: Artes Gráficas S. L.

valorar fuertemente los aspectos teóricos del fenómeno probatorio y a sostener que los juristas deberían dedicarse exclusivamente al estudio de los aspectos jurídicos del mismo. Ambos grupos, teóricos y juristas, parten de la premisa —a su vez errónea, pero ampliamente compar-tida— según la cual los aspectos jurídicos y teóricos del problema de la prueba pueden ser tratados independientemente, como si entre ellos no se dieran numerosas y relevantes interconexiones.

El resultado de la convergencia de estas orientaciones es que, con pocas aunque significativas excepciones, los aspectos teóricos y filosóficos de la prueba han sido ampliamente olvidados tanto por los filósofos como por los juristas; estos últimos, por su parte, se han ocupado de forma casi exclusiva de las normas positivas que regulan la admisibilidad, la práctica y la valoración de las pruebas en los específicos ámbitos procesales. Por otra parte, en la mayoría de los pocos casos en los que se afrontan los problemas filosóficos de la prueba, los juristas han demostrado ser pésimos filósofos y han obtenido resultados muy modestos e incluso risibles.

Todo esto ha tenido como consecuencia graves limitaciones y distorsiones relevantes tanto en la cultura filosófica como en la jurídica en relación con la decisión sobre los hechos.

Así, por ejemplo, en la literatura procesalista, pero también en la filosófica, permanece en el misterio el significado de expresiones como “el hecho *p* está probado”, “se ha obtenido la prueba del hecho *p*”, etc. A pesar de que se trata, obviamente, de una cuestión fundamental en cualquier proceso, sobre este punto se encuentran a menudo respuestas vagas y genéricas. Algunos autores hacen referencia, pero casi siempre de forma superficial y acrítica, a la probabilidad o la verosimilitud, pero qué significan esas expresiones queda normalmente en la incertidumbre. Hay, en realidad, especialmente en los Estados Unidos, autores que aplican el cálculo de la probabilidad a los problemas de la prueba, pero con resultados que suscitan muchas dudas y son, en cualquier caso, extraños a la cultura media de los juristas.

El primer capítulo del trabajo de Jordi FERRER ofrece un planteamiento claro y preciso para este problema. Por un lado, identifica los distintos significados del enunciado “*p* está probado” y aporta luz sobre ellos; por otro lado, distingue también entre la fuerza y el sentido del enunciado; y, por último, señala la correcta solución del problema, haciendo referencia a la existencia de elementos de valoración suficiente para fundamentar la prueba de *p*.

Otra distorsión teórica que resulta muy frecuente en la literatura jurídica sobre la prueba, y se refleja también en la filosófica, es el convencimiento de que en el proceso se puede alcanzar el establecimiento de una verdad “formal” o “jurídica” sobre los hechos relevantes de la causa, pero no es posible el conocimiento de la verdad “material” sobre los mismos, a la vez distinta de la anterior e inalcanzable. Esta aproximación al problema es errónea por distintas razones, que van desde admitir que fuera del proceso es posible alcanzar una verdad que por razones misteriosas el juez no puede determinar, hasta una neta y no justificada sobrevaloración del impacto limitativo que las reglas procesales pueden tener sobre el conocimiento de los hechos por parte del juez. Por otra parte, la limitación del discurso a la sola idea de la verdad “procesal”, vinculada a las normas sobre la prueba, precluye toda aproximación crítica a esas normas porque —eliminando a priori todo término con el que confrontar los métodos de determinación de los hechos— se impide la valoración de qué normas son más adecuadas y cuáles son, en cambio, inadecuadas, a los efectos de la determinación judicial de la verdad de los hechos.

No por casualidad, por tanto, Jordi FERRER dedica el segundo capítulo del trabajo precisamente a la vinculación entre prueba, reglas procesales y verdad, criticando de forma convincente la distinción mencionada, apreciada por los procesalistas menos informados sobre los problemas epistemológicos, entre verdad “formal” y verdad “material”, y reconduciendo unitariamente el problema de la verdad al de la fundamentación probatoria de los enunciados sobre los hechos.

Un ulterior e importantísimo problema, que la doctrina procesalista mayoritaria y también la filosófica dejan sin resolver, es el del convencimiento del juez. Es conocido, en realidad, que ya desde hace tiempo —es decir, desde la segunda mitad del siglo XVIII— se ha ido reafirmando el principio del libre convencimiento del juez como regla fundamental de valoración de las pruebas. Sin embargo, sería un error pensar que la referencia a este principio tenga la función taumatúrgica de resolver cualquier dificultad.

Por un lado, en efecto, debe señalarse que perduran aún en algunos ordenamientos (por ejemplo, en el proceso civil italiano) supuestos significativos de prueba legal, como confirmación de la dificultad para hacer efectivo íntegramente el método de la valoración discrecional confiada al juez. Por otro lado, debe destacarse que el principio en cuestión puede tener versiones y connotaciones diversas: más subjetivistas en la

formulación francesa de la *intime conviction*, más cautas en la fórmula italiana del prudente *apprezzamento*, más optimistas en la fórmula española de la sana crítica o más neutrales en la fórmula alemana de la *freie Beweiswürdigung*. La cuestión verdaderamente importante, además, es que mientras que está claro el significado negativo del principio, que consiste en el rechazo de las reglas de prueba legal, no está claro en absoluto qué significa en positivo. La interpretación prevaleciente que se hace de él permanece sustancialmente vaga y abierta a resultados muy distintos: algunas veces se otorga al convencimiento discrecional del juez un significado fuertemente subjetivista con tintes de irracionalismo (la íntima convicción); otras, se presupone simplemente que ese convencimiento es algo inefable e incognoscible y, como tal, sustraído a cualquier control racional; más raramente, hay quien intenta reconducir la valoración del juez —aun siendo libre— a criterios de juicio y de inferencia racionales y controlables.

En este contexto tan complejo, en el que las formulaciones imprecisas y de significado incierto siguen dominando el campo, el tercer capítulo del libro adquiere un valor especial, ya que, empleando oportunamente el concepto de actitud proposicional, Jordi FERRER desarrolla el análisis de los estados mentales del juez implicados en el juicio sobre los hechos, sin caer en fáciles psicologismos y yendo mucho más allá de la superficie sobre la que se detiene la mayor parte de los autores que se han ocupado del convencimiento del juez. En esa dirección, la contribución de FERRER es muy útil en la medida en que ofrece categorías indispensables y una sólida base teórica para el estudio del razonamiento con el que el juez, basándose en las pruebas, atribuye aceptabilidad a los enunciados sobre los hechos. En particular, la vinculación entre prueba y aceptación (apartado 2.C) ofrece un instrumento interesante para reformular en términos nuevos y convincentes la problemática relación entre prueba, verdad y justificación de la decisión sobre los hechos (sobre la que puede verse, especialmente, el apartado 3).

En definitiva, éste es un libro breve, pero muy claro y rico en sugerencias: una contribución a la teoría de la prueba y de la decisión judicial que resulta esencial tanto para los filósofos del Derecho como —sobre todo— para los juristas.

Michele TARUFFO

## INTRODUCCIÓN

El trabajo que ahora se introduce está dedicado al análisis conceptual de las nociones de prueba y de hecho probado. Desgraciadamente, puede decirse que éste es un trabajo hasta cierto punto atípico, tanto por el tema tratado como por la perspectiva desde la que es abordado. Por ello, esta introducción cumple también la función de una advertencia preliminar.

Jerome FRANK dedicó buena parte de sus trabajos a poner de manifiesto la atención insuficiente que tradicionalmente se venía dedicando a los problemas de la prueba de los hechos. Desde la óptica realista que caracterizó su teoría jurídica, puso el acento en las decisiones de los tribunales de primera instancia acerca de los hechos probados. Para él, la dificultad fundamental, aunque no exclusiva, para predecir las decisiones judiciales no se centraba en las normas que habían de ser aplicadas en primera o sucesivas instancias, sino en los hechos que habían de ser declarados probados y que servirían de presupuesto para la aplicación de aquellas normas<sup>1</sup>.

Setenta años después de *Law and the Modern Mind* sigue siendo válida la observación crítica de FRANK acerca de la insuficiente atención dedicada a los problemas de la prueba. Los teóricos del Derecho, en general, se han preocupado más por la justificación de las decisiones judiciales, dando por descontado el problema de la selección de las premisas, o bien estudiando principalmente las decisiones

<sup>1</sup> Vid. FRANK (1930, 1949 y 1951). Sobre el escepticismo de FRANK acerca del conocimiento judicial de los hechos, vid. TWING (1994, pp. 109 ss.).

interpretativas y la selección de las premisas normativas del razonamiento judicial. Los problemas de la determinación de los hechos a los efectos de seleccionar las premisas fácticas, en cambio, no han sido generalmente objeto principal de estudio teórico. Desde este punto de vista, decía al inicio que éste es un trabajo atípico por el tema abordado. No obstante, en los últimos años se ha producido un interés creciente por el problema de la justificación de las premisas fácticas del razonamiento jurídico que puede venir a paliar la insuficiente atención a la que antes me refería.

Y tampoco los juristas ni, en concreto, la dogmática procesalista, han puesto una especial atención en esos problemas<sup>2</sup>. En su caso, el interés principal se ha centrado en la descripción y sistematización de las reglas sobre la prueba de cada sistema jurídico más que en la prueba misma y en su concepto. Es en este sentido que puede decirse que el trabajo que ahora se inicia es atípico respecto de la perspectiva adoptada. Así, resultan muy escasos los estudios que abordan el problema de la prueba desde un punto de vista conceptual, intentando dilucidar qué significa que un hecho esté probado y cuál es la noción de prueba más adecuada para dar cuenta de los problemas que enfrentan los juristas día a día. Es habitual, en cambio, encontrar en los libros de Derecho procesal algunos párrafos introductorios sobre la noción general de prueba, pero raras veces van más allá de la reiteración de algunos lugares comunes, más o menos justificados.

Las razones de la despreocupación por los problemas de la prueba tanto de la teoría del Derecho como de la dogmática procesalista podrían situarse en el marco de una específica concepción de la prueba que, siguiendo a TARUFFO, puede denominarse “cerrada” (*vid.* TARUFFO, 1992, pp. 317 ss.). Esta concepción se caracterizaría por: *a)* considerar que todo el fenómeno de la prueba está comprendido y recludo en las normas jurídicas que se ocupan del mismo, de forma que sólo vale la pena examinar y sistematizar esas normas; *b)* sostener que sólo son pruebas las que están previstas y reguladas en normas jurídicas específicas, excluyendo la admisibilidad de las denominadas

<sup>2</sup> En ese sentido, dice SERRA DOMÍNGUEZ (1962, p. 355) que «el tema de la prueba constituye uno de los menos profundizados de la ciencia del Derecho. Y, sin embargo, es el estudio de la prueba uno de los más interesantes y fructíferos del Derecho Procesal en cuanto que no sólo constituye la esencia del proceso [...] sino que abarca con mayor o menor influencia todo el ámbito del proceso».

pruebas atípicas, y *c)* asumir la tendencia a considerar que la regulación jurídica de la prueba constituye un contexto autosuficiente y autónomo respecto de cualquier otro sector de la experiencia. Por ello, se excluye la utilización de conceptos y nociones provenientes de esos otros sectores o de una teoría de la prueba en general, no específicamente jurídica (TARUFFO, 1992, pp. 317-318).

Pues bien, el presente trabajo pretende abordar, desde la óptica de la teoría del Derecho, los problemas conceptuales de la noción de prueba y de hecho probado, así como las posibilidades de justificación racional de la selección de las premisas fácticas del razonamiento judicial.

Para ello, partiré del análisis de un enunciado tipo: “Está probado que *p*”, cuando ese enunciado es emitido por un juez en el marco de un proceso formando parte de la declaración de hechos probados.

He señalado ya que el objeto del análisis es la noción general de prueba. Con ello quiero poner de manifiesto que, en mi opinión, no hay una diferencia conceptual entre la prueba civil, penal, administrativa, laboral, etc. Tiendo a pensar que, en realidad, no hay tampoco una diferencia conceptual entre la prueba jurídica y aquella que es propia de cualquier otro ámbito de la experiencia, pero esto va más allá, en todo caso, de los objetivos de este trabajo y no dedicaré mayor esfuerzo en justificarlo. Como señala SENTÍS MELENDO (1979, p. 10), «el estudio de la prueba hay que plantearlo sin la preocupación de si la prueba es la civil o la penal, porque creo que se incurre en el mayor de los errores al distinguir entre ellas: la prueba es la misma en la justicia civil que en la justicia penal, en la del trabajo que en la administrativa; y hasta puede decirse que es la misma en la actividad judicial que fuera de ella» (en el mismo sentido, entre otros, ECHANDÍA, 1981, pp. 9-10, 16, y TARUFFO-HAZARD, 1983, pp. 92 y 95).

En cualquier caso, es obvio que en cada uno de los ordenamientos jurídicos y, en su interior, en cada una de las jurisdicciones, podrán regir reglas sobre la prueba distintas, regulaciones diversas sobre la admisión o la valoración de la prueba, etc. Pero ello no supone necesariamente que la noción de prueba o la de hecho probado quede sustancialmente alterada o deba ser construida *ad hoc* para cada uno de esos ámbitos.

Así, por ejemplo, si se entiende, como defenderé en el trabajo, “Está probado que  $p$ ” como “Hay elementos de juicio suficientes a favor de  $p$ ”, puede suceder que ordenamientos o jurisdicciones distintos establezcan criterios de exigencia diversos respecto a la suficiencia de los elementos. Suele decirse, en ese sentido, que la exigencia en el ámbito penal es más fuerte que en el ámbito civil, etc.

El segundo capítulo está íntegramente dedicado al análisis de la relación entre las nociones de prueba y verdad. Esa relación podría ser considerada como el núcleo sobre el que gira la totalidad del trabajo. En efecto, el análisis de la fuerza de los enunciados probatorios que se realiza en el primer capítulo presupone ya algunas de las tesis que se defienden en el segundo y le sirve de introducción. Y del mismo modo, la discusión acerca de la relación entre prueba y actitudes proposicionales presupone también que los enunciados probatorios son aptos para la verdad.

Vale la pena advertir al lector desde el inicio que no encontrará en este trabajo una discusión acerca de la noción de verdad. Está presupuesta la asunción de una teoría de la verdad como correspondencia y es la relación entre la prueba y esa noción de verdad la que se analiza en las páginas que siguen<sup>3</sup>.

Por último, quisiera advertir que, voluntariamente, he querido mantener cuanto se dice en el trabajo en el ámbito del análisis conceptual de las nociones de prueba y de hecho probado. Esto permite, creo, que el análisis presentado sea compatible con muy distintas doctrinas acerca de la justificación de las declaraciones de hechos probados. Podrá decirse, por ejemplo, que un enunciado probatorio del tipo “Está probado que  $p$ ” está justificado cuando  $p$  resulta verosímil, o cuando tiene un cierto grado de probabilidad subjetiva o lógica, etc. Éstas serán, en todo caso, doctrinas distintas acerca de la suficiencia de los elementos de juicio para sustentar la aceptación de  $p$  y no serán abordadas en este trabajo.

\* \* \*

<sup>3</sup> Una presentación mínimamente cuidadosa de los distintos problemas y de las teorías acerca de la noción de verdad requiere un estudio específico mucho más voluminoso que éste. La bibliografía al respecto es realmente inabarcable y no tiene sentido pretender ofrecer una indicación bibliográfica exhaustiva. Una selección muy cuidada puede verse en NICOLÁS y FRÁPOLLI (1997).

Durante la elaboración de este trabajo he tenido la oportunidad de presentar algunas de sus ideas y recibir las observaciones y sugerencias de los participantes en diversos foros y congresos que me han permitido mejorar la presentación, evitar confusiones y repensar ideas que, con toda seguridad, han contribuido a la obtención de un mejor resultado final. Por ello, debo un sincero agradecimiento a los participantes en el III Seminario Internacional de Teoría del Derecho, Bahía Blanca (Argentina), 2000; en el IX Seminario Internacional de Teoría y Filosofía del Derecho, Vaquerías (Córdoba-Argentina), 2000; en el VI Congreso Ítalo-Español de Teoría del Derecho, Trapani, 2000, y en el I Foro Analítico de Teoría del Derecho, Murcia, 2002. En especial, Manuel CACHÓN, Bruno CELANO, Paolo COMANDUCCI, Mercedes CUYÁS, Daniel GONZÁLEZ LAGIER, Riccardo GUASTINI, Jorge MALEM, Josep Lluís MARTÍ, Daniel MENDONÇA, José Juan MORESO, Michele TARUFFO y Josep Maria VILAJOSANA, así como mis compañeros de las áreas de Filosofía del Derecho de la Universidad Pompeu Fabra y la Universidad de Girona, han seguido la elaboración del trabajo con espíritu crítico y la mejor de las disposiciones.

alguna de las afirmaciones de una u otra de las partes, por lo que se plantea el problema de la fuerza probatoria de las afirmaciones de las partes. Este problema se plantea en la medida en que, en un proceso de litigio, el juez debe decidir sobre la veracidad de las afirmaciones de las partes. Este problema se plantea en la medida en que, en un proceso de litigio, el juez debe decidir sobre la veracidad de las afirmaciones de las partes. Este problema se plantea en la medida en que, en un proceso de litigio, el juez debe decidir sobre la veracidad de las afirmaciones de las partes.

## CAPÍTULO PRIMERO

### SENTIDO Y FUERZA DE LOS ENUNCIADOS PROBATORIOS

#### 1. INTRODUCCIÓN

Una buena forma, en mi opinión, de acercarse al estudio y análisis de la noción de prueba, en general y jurídica en particular, puede ser plantear qué es lo que decimos y hacemos cuando formulamos enunciados del tipo “Está probado que Juan mató a Pedro” o “Está probado que María llamó por teléfono a Pablo a las cinco de la tarde”. De modo general, denominaré a los enunciados que tienen la forma “Está probado que *p*” (o que son reconducibles a ella) enunciados probatorios.

Ahora bien, en lo que acabo de señalar hay dos aspectos distintos que convendría analizar separadamente. Así, muy rudimentariamente, cabe distinguir entre aquello que se pregunta mediante las siguientes interrogaciones: “¿Qué ha hecho el juez cuando ha emitido ‘Está probado que *p*?’” y “¿Qué significa ‘Está probado que *p*?’” (vid. AUSTIN, 1962, pp. 138 ss., y una buena explicación de las tesis de AUSTIN en ESCANDELL, 1996, pp. 43 ss.). O, en otras palabras, entre la fuerza y el sentido de un enunciado. El sentido está relacionado con aquello que se dice al emitir un enunciado; en cambio, la fuerza tiene que ver con aquello que se hace al emitirlo (prescribir una conducta, describir un estado de cosas, preguntar algo, expresar una emoción, etc.). Resulta habitual, en filosofía del lenguaje, dis-

tinguir entre las dimensiones locutiva e ilocutiva del lenguaje, respectivamente, para referirse a las nociones de sentido y fuerza de un enunciado. Así, se destacan dos posibles fuentes de interferencias en la comunicación lingüística: en la primera de ellas, el problema proviene de la incomprensión por parte del destinatario del mensaje del sentido de aquello que le ha sido dicho; en la segunda, en cambio, el problema se produce, aun estando claro el sentido, por no estar claro qué se quiso hacer al decir lo que se dijo, esto es, qué acto verbal se realizó por parte del emisor del mensaje —formuló una pregunta, un mandato, una descripción del mundo, un ruego, etc.— (CARRÍO, 1965, pp. 17 ss.).

Pues bien, el objeto principal de este primer capítulo será, precisamente, el análisis de los enunciados probatorios desde las dos perspectivas recién señaladas como un primer paso en la labor del análisis conceptual de la noción de prueba.

## 2. LA FUERZA DE “ESTÁ PROBADO QUE P”

Hay, al menos, tres formas en que puede concebirse la fuerza del enunciado “Está probado que *p*”, que, respectivamente, le atribuyen fuerza constitutiva o realizativa, normativa y descriptiva. Resulta importante observar, sin embargo, que no tiene sentido pretender *descubrir* de forma genérica qué fuerza tienen los enunciados del tipo “Está probado que *p*”. Cuál sea su fuerza dependerá, en cambio, de cada enunciación concreta del mismo, de cada instancia de uso. No obstante, ello no implica que no tenga sentido un análisis como el que sigue. Así, por ejemplo, tiene sentido analizar cuáles son las consecuencias de atribuir una u otra fuerza al enunciado en cuestión cuando éste es emitido por parte de un juez en la declaración de hechos probados contenida en una sentencia.

### A. “Está probado que *p*” como enunciado constitutivo

Uno de los autores que, en mi opinión, más claramente ha defendido esta posición es KELSEN. Así, puede leerse en su *Teoría pura del Derecho*:

«[...] la verificación del hecho delictivo es plenamente una función constitutiva que cumple el tribunal» (KELSEN, 1960, p. 248).

«La determinación del hecho condicionante, por parte del tribunal, es, por lo tanto, constitutiva en todo sentido. [...] No es el hecho en sí, el haber muerto un hombre a otro, sino el hecho de que un órgano competente según el orden jurídico haya establecido, conforme a un procedimiento determinado por ese orden, que un hombre ha cometido un homicidio, lo que configura la condición establecida por el orden jurídico [...]» (KELSEN, 1960, p. 249)<sup>1</sup>.

También en otras obras KELSEN expresa la misma tesis con afirmaciones de corte muy similar (*vid.*, por ejemplo, KELSEN, 1945, pp. 160 y 161). Y lo mismo puede decirse de otros autores como MACCORMICK (1989, p. 11). Si bien KELSEN no define expresamente en qué sentido usa el término “constitutiva” referido a la determinación de los hechos del caso en un proceso judicial, creo que resulta plausible suponer que KELSEN hace referencia a que la determinación de los hechos en el proceso es el resultado de una actividad decisoria —que estaría en oposición con la actividad cognoscitiva— (MAZZARESE, 1996, p. 65, y PASTORE, 1996, pp. 80-81).

No pretendo abordar aquí un análisis exhaustivo de las tesis kelsenianas respecto de la prueba de los hechos en el proceso. No obstante, creo que puede sostenerse que, en este punto, el interés fundamental de KELSEN se centra en dar cuenta del hecho de que las decisiones de los tribunales, también en lo que conciernen a los hechos del caso, producen efectos jurídicos con independencia de la verdad de sus enunciados. En ese sentido, la tesis de la constitutividad de las declaraciones de hechos probados jugaría un papel similar, respecto de los hechos, que el que tiene la tesis de la cláusula alternativa tácita, respecto de las normas<sup>2</sup>. Se trataría, en ambos

<sup>1</sup> En España, NIETO se ha pronunciado recientemente de forma muy clara en ese mismo sentido: «[...] el juez ha de resolver siempre; y de la misma manera que si no encuentra una ley adecuada, se la crea él mismo (sin esperar a que el Parlamento lo haga), si no consigue averiguar con certeza los hechos, se los inventa, ya que éste es el único modo de llegar al fallo. Dicho de otra manera, la relación judicial de hechos no es, en sentido procesal, un acto declarativo, sino constitutivo o, más precisamente, una “declaración constitutiva a efectos procesales”» (NIETO, 2000, pp. 248-249).

<sup>2</sup> Se expresa de una forma muy clara en ese sentido MERKL (1925, p. 353), quien haciendo referencia a la determinación judicial de los hechos dice que «si la sentencia

casos, de un intento por mantener la validez de la decisión o de la norma dictada como una forma de explicar su eficacia.

Además, una consecuencia evidente de predicar la fuerza constitutiva de los enunciados del tipo “Está probado que *p*” es la imposibilidad de afirmar su falibilidad. En otras palabras, no sería posible predicar verdad o falsedad de las declaraciones de hechos probados contenidas en las sentencias judiciales<sup>3</sup>. MAZZARESE propone una defensa de KELSEN en este punto, sosteniendo que la distinción entre verdad jurídica y verdad *tout court* no niega, sino que presupone la falibilidad del juez: «Si se asumiese la infalibilidad del juez no sería necesario recurrir al concepto de verdad *jurídica*» (MAZZARESE, 1996, p. 82. La cursiva es de la autora). Ahora bien, en mi opinión, si bien es cierto que la noción de verdad jurídica (o judicial o formal) se introduce en la teoría procesal como una respuesta al problema de la falibilidad del juez en el conocimiento de los hechos ocurridos, también lo es que la asunción posterior de la verdad jurídica como única finalidad de la determinación judicial de los hechos y, por otro lado, la tesis de la constitutividad de la decisión del juez en la determinación de la verdad judicial, convierte a esa decisión en incontrolable racionalmente.

Por otro lado, he sostenido que hay un cierto paralelismo entre la tesis kelseniana de la constitutividad de la premisa fáctica del razonamiento judicial y la tesis de la cláusula alternativa tácita. Aunque no es éste el lugar oportuno para detenerse en la defensa kelseniana de la tesis de la cláusula alternativa tácita, ni tampoco en sus problemas (*vid.* al respecto, entre otros muchos, VERNENGO, 1960; RUIZ MANERO, 1991; MORESO, 1993; BULYGIN, 1995, y COMANDUCCI, 1998), sí vale la pena, en cambio, decir algunas palabras acerca de la supues-

penal fundada en un “error judicial” obtiene fuerza de cosa juzgada, no puede ya hablarse de su contradicción con el ordenamiento. Cualquier cosa que el juez haga con fuerza de cosa juzgada está cubierta por el ordenamiento. *En línea de principio*, la ley ha pretendido un determinado resultado, pero subsidiariamente cualquier solución distinta es también jurídicamente querida. Junto con la directiva de una más o menos *determinada* solución del caso jurídico, la ley también confiere al juez un mandato más o menos amplio para soluciones *distintas* del mismo caso».

<sup>3</sup> Resulta sorprendente, en este sentido, la similitud de la tesis sostenida por KELSEN en este punto con las de algunos realistas americanos. *Vid.*, por ejemplo, FRANK (1930, p. xviii), donde puede leerse: «los “hechos” [...] no son objetivos. Ellos son lo que los jueces dicen que son».

ta constitutividad de los enunciados de las declaraciones de hechos probados.

En primer lugar, es importante destacar que el reconocimiento de la producción de efectos jurídicos por parte de una decisión judicial, no conlleva necesariamente que deba negarse la falibilidad de esa decisión. Así, resulta perfectamente compatible decir que el juez se ha equivocado en la determinación de los hechos probados (de acuerdo con los elementos de juicio presentes en el expediente) y, a la vez, que la decisión judicial produce efectos jurídicos e, incluso, que no cabe ningún tipo de recurso para corregir el error producido.

Es más, en segundo lugar, si se supone que una de las funciones principales del Derecho es dirigir la conducta de los destinatarios de las normas, debe sostenerse también que, *prima facie*, son las descripciones de esas conductas las que se incorporan al razonamiento judicial a los efectos de la aplicación de las normas (en este sentido, *cfr.* ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1989, p. 313, y BULYGIN, 1995, p. 22). De otro modo, los ciudadanos no tendrían ninguna razón para comportarse conforme con lo prescrito por el Derecho<sup>4</sup>. En otras palabras, sólo si de alguna forma es la descripción de las conductas de los destinatarios de las normas lo que se incorpora al razonamiento judicial, esas conductas resultarán relevantes para la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en las normas; en caso contrario, si fuera el juez quien constituyera el antecedente fáctico de la aplicación de aquellas consecuencias, no podría motivarse la conducta de los ciudadanos, puesto que ésta resultaría irrelevante al efecto de esa aplicación.

<sup>4</sup> FERRAJOLI (1989, pp. 36 ss.) ha señalado que deben rechazarse las tesis decisionistas, como él las denomina, porque son incompatibles con una concepción garantista del Derecho. Ahora bien, si bien coincido con FERRAJOLI en el rechazo de las tesis decisionistas, creo que éstas no son pasibles de la crítica que él les dirige: estas tesis son de tipo descriptivo o, como máximo, conceptual; en cambio, la concepción garantista del Derecho que defiende FERRAJOLI es de tipo normativo. Por ello, no estando en el mismo plano, no pueden en ningún caso ser incompatibles. Sí puede predicarse una relación entre una tesis descriptiva y otra normativa cuando aquella muestra la imposibilidad fáctica de cumplir la última (por aplicación del principio “debe implica puede”); en cambio, nunca una tesis normativa puede servir como objeción a otra de tipo descriptivo.

## B. “Está probado que *p*” como enunciado normativo

Por supuesto, no sólo si se sostiene que “Está probado que *p*” tiene fuerza constitutiva se niega la posibilidad de adjudicar a ese enunciado valores de verdad. También sucede lo mismo si se entiende que el enunciado en cuestión tiene fuerza normativa.

Éste es el caso, por ejemplo, de OPPENHEIM, quien afirma que el enunciado

«[...] “Stanley es un ciudadano americano”, pronunciado por un juez en uso de su competencia, constituye un enunciado jurídico que produce efectos jurídicos. Lo mismo puede decirse de “A es culpable de asesinato”, pronunciado por un juez competente o bien por un jurado. “Asesinato” es un concepto jurídico, definido por el Código Penal como matar intencionadamente a otro. Mientras que “A ha matado intencionalmente a B” puede ser entendido como un “hecho natural”, no existe un “asesinato natural”, sólo hay “asesinatos en sentido jurídico”. A pesar de su forma indicativa, el veredicto “A es culpable de asesinato” es normativo. Ese veredicto expresa la obligación jurídica del juez de condenar a A por haber cometido el crimen. Su decisión es jurídicamente vinculante incluso si el enunciado “A mató a B (intencionadamente)” es empíricamente falso. También es normativa la previsión del Código Penal [...] estableciendo la pena de prisión para el asesinato: establece que cualquier tribunal que considere culpable a alguien de asesinato tiene el deber de condenarlo correspondientemente» (*vid.* OPPENHEIM, 1995, p. 290).

Hay que advertir, como señalaba anteriormente, que tanto la reconstrucción de KELSEN como la de OPPENHEIM impiden la adjudicación de valores de verdad a la declaración de hechos probados. En este sentido, mantienen una similitud que permite a OPPENHEIM mostrarse cercano a las tesis kelsenianas (*vid.* OPPENHEIM, 1995, pp. 290 ss.). Ahora bien, mientras que el primero parece otorgar fuerza constitutiva a los enunciados declarativos de hechos probados, el segundo le otorga fuerza normativa, puesto que, conjuntamente con la norma penal, conformarían la obligación del juez de aplicar la consecuencia jurídica correspondiente, la pena.

En mi opinión, no obstante, la tesis de la normatividad de los enunciados declarativos de hechos probados adolece, en general, de

los mismos defectos que la concepción constitutiva. Además, en el caso de OPPENHEIM, me parecen poco claras las razones que justificarían otorgar fuerza normativa al tipo de enunciados que estamos estudiando. Si la razón, como parece ser, es que ese tipo de enunciados, cuando son pronunciados por un juez en el contexto de una decisión judicial, entran a formar parte de un razonamiento cuya conclusión es normativa, cabe advertir que ello no justifica el paso de considerar que todas las premisas de ese razonamiento son, a su vez, normativas: en efecto, para que el razonamiento sea válido es únicamente necesario que una de sus premisas sea normativa y ésta es, típicamente, la que incorpora la norma general legislada. En definitiva, decir que «a pesar de su forma indicativa, el veredicto “A es culpable de asesinato” es normativo», puesto que «expresa la obligación del juez de condenar a A por haber cometido el crimen», me parece un grueso error lógico: nada hay en aquel veredicto de lo que se deduzca obligación alguna para ningún sujeto.

Puede aducirse otra razón, que también parece estar apuntada en el trabajo de OPPENHEIM, en favor de la normatividad de los enunciados declarativos de hechos probados. Esa razón radicaría ahora en el uso de conceptos institucionales (definidos por el propio sistema normativo) como “asesinato”, “nacional” o “culpable”. Esto es, dado que los enunciados que forman parte de las declaraciones de hechos probados contienen, además, calificaciones jurídicas, éstos no serían susceptibles de verdad o falsedad. Ahora bien, en primer lugar, no es verdad que todos los enunciados que declaran hechos probados incluyan calificaciones jurídicas. Es cierto que algunos de ellos declaran probado, por ejemplo, que la empresa X despidió a Pedro o que en el hecho Y concurre la circunstancia agravante Z; pero también lo es que se declara probado o no probado que María mató a Esteban o que Pablo cruzó la calle C el día 6 a las 14 horas. Y en estos últimos enunciados no está implicado ningún concepto institucional. En segundo lugar, en mi opinión, el emisor del enunciado (sea una autoridad normativa o no) o la pertenencia de ese enunciado a un sistema dado no resultan determinantes a los efectos de establecer la fuerza del mismo: esto es, la pertenencia de una definición a un sistema normativo no implica que ésta tenga fuerza normativa<sup>5</sup>. Además, una cosa es la fuerza que haya que atribuir al enunciado

<sup>5</sup> En cualquier caso, no más que lo que puede decirse de toda definición estipulativa.

que expresa la definición y otra muy distinta la fuerza que deba atribuirse a los enunciados que contengan el término definido. El mismo tipo de argumento que aquí se rechaza ha sido empleado para sostener la tesis de la constitutividad de la determinación de los hechos (vid. VARGA, 1991, p. 61, y MAZZARESE, 1996, pp. 81-82, 84 ss.). Incluso, de una forma más amplia, se aduce que la determinación de los hechos presupone la interpretación de las normas, al menos, en la parte en que establecen el supuesto de hecho al que vinculan la consecuencia normativa. Y, dado que la interpretación sería, para quienes sostienen ese argumento, una actividad típicamente decisoria, la determinación de los hechos queda irremisiblemente contaminada por ese carácter (vid. MAZZARESE, 1996, pp. 81-82). En mi opinión, en cambio, la tesis que se sostenga en materia de interpretación no nos vincula necesariamente a tesis alguna acerca de la fuerza de los enunciados probatorios. Más claramente, una cuestión es cómo se procede a la determinación del significado de las disposiciones jurídicas (y si esa determinación es constitutiva o no, o si hay aquí interpretaciones correctas e incorrectas), otra la determinación de si el hecho *h* es un caso individual del hecho genérico individualizado por la norma de acuerdo con la interpretación adoptada y otra, finalmente, la determinación de la ocurrencia en unas coordenadas espacio-temporales específicas del hecho *h*. En mi opinión, lo que se sostenga respecto del primer problema no supone tesis alguna respecto de las otras dos cuestiones.

De lo contrario, por ejemplo, deberíamos concluir que no pueden ser objeto de verdad o falsedad enunciados como “Este billete es de cinco euros”, puesto que también los conceptos implicados en este último enunciado dependen de definiciones jurídicas y para la determinación del hecho en cuestión es necesaria la previa interpretación del enunciado.

### C. “Está probado que *p*” como enunciado descriptivo

Bajo esta última hipótesis, los enunciados del tipo “Está probado que *p*” expresarían proposiciones descriptivas acerca de la ocurrencia

de un determinado hecho en una realidad externa al proceso<sup>6</sup>. Por ello, serían susceptibles de verdad o falsedad y, en ese sentido, permitirían concebir la falibilidad de las decisiones judiciales. Es importante destacar que la ocurrencia del hecho se afirma respecto de una realidad externa al proceso. Entre quienes, de una forma u otra, niegan esto último, es usual distinguir entre verdad procesal y verdad material, para afirmar que es la primera y no la segunda la que importa para la determinación de los hechos probados en el proceso (vid., por todos, CARNELUTTI, 1947, pp. 29 ss. y 56 ss., y CABAÑAS, 1992, pp. 11 ss.). Ahora bien, en muchas ocasiones, la postulación de una específica verdad procesal, distinta de la verdad material o empírica de los enunciados sobre los hechos del caso, supone, en realidad, una concepción de los enunciados del tipo “Está probado que *p*” más próxima a su versión constitutiva que a la descriptiva, ahora analizada. En este sentido, TARUFFO las califica de «concepciones ficticias o circulares de la verdad [...] para las que toda decisión procesal sobre los hechos sería “verdadera” por definición» (TARUFFO, 1992, p. 49)<sup>7</sup>.

Si se rechazan las teorías que sostienen la existencia de una específica y distinta verdad procesal, así como las concepciones filosóficas escépticas, la concepción que confiere fuerza descriptiva a los enunciados como “Está probado que *p*” es compatible con diversas teorías de la verdad y no presupone, por tanto, la asunción de una teoría de la verdad como correspondencia.

Tomaré como claro exponente de esta noción descriptivista al procesalista Michele TARUFFO, quien sostiene que

«la hipótesis de fondo es que la decisión judicial puede y [...] debe basarse en una reconstrucción verdadera de los hechos de la causa. Así identificado el objetivo de la determinación de los hechos, resulta

<sup>6</sup> Más adelante se defenderá una versión ligeramente distinta, según la cual “Está probado que *p*” es un enunciado descriptivo de la presencia en el proceso de elementos de juicio suficientes a favor de *p*. *p*, a su vez, sería el nombre de una proposición que describiría la ocurrencia de un hecho.

<sup>7</sup> O, en palabras de CARNELUTTI, una vez presentada la distinción: «[...] no se trata aquí más que de una metáfora; en sustancia, es fácil observar que la verdad no puede ser más que una, de tal modo que, o bien la verdad formal o jurídica coincide con la verdad material y no es más que verdad, o bien se aparta de ella, y no es sino una no verdad [...]» (CARNELUTTI, 1947, pp. 29-30). Vid. capítulo segundo, apartado 3.

evidente que con el término “prueba” se identifica sintéticamente el conjunto de los elementos, de los procedimientos y de los razonamientos mediante los cuales se elabora, verifica y confirma como “verdadera” aquella reconstrucción. Se recupera así [...] el nexo instrumental entre prueba y verdad de los hechos que está en la base de la concepción tradicional de la prueba» (TARUFFO, 1992, p. 63. Afirmaciones totalmente equivalentes respecto del proceso penal pueden encontrarse en UBERTIS, 1995, pp. 9 ss.).

Ahora bien, en este punto es conveniente advertir que la atribución de fuerza descriptiva a los enunciados declarativos de hechos probados no supone necesariamente la asimilación sin más de prueba y verdad. En efecto, para negar tal asimilación basta admitir que tiene sentido decir que el hecho *p* no fue probado en el proceso, aun cuando el enunciado que afirma su ocurrencia sea verdadero<sup>8</sup>.

### 3. EL SENTIDO DE “ESTÁ PROBADO QUE *P*”

Aunque ha sido destacado en buena parte de los trabajos sobre la prueba judicial, el problema de la polisemia de la palabra “prueba” sigue siendo motivo de un buen número de confusiones y discusiones puramente verbales. Por ello, antes de continuar, valdrá la pena esbozar siquiera mínimamente los distintos sentidos en que es usada la expresión<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Para una mejor comprensión del alcance de la tesis descriptivista debería prestarse atención a dos aspectos que pueden incidir de forma relevante en aquélla. En primer lugar, los distintos tipos de hechos que las normas jurídicas definen como condicionantes de la atribución de consecuencias jurídicas (*vid.*, por todos, TARUFFO, 1992, pp. 120 ss.). En segundo lugar, debe prestarse atención a la incidencia de las reglas procesales en la determinación de los hechos en juicio, a los efectos de evaluar el carácter descriptivo de esa determinación. Los dos aspectos serán abordados con algún detenimiento en los epígrafes 4 y 5 de este mismo capítulo.

<sup>9</sup> Sobre los distintos sentidos de “prueba”, a título meramente ejemplificativo, puede verse CARNELUTTI (1947, pp. 199 ss.), ALSINA (1961, pp. 224 y 225), SENTÍS MELENDO (1979, p. 35), WRÓBLEWSKI (1981, p. 173), DE SANTO (1991, pp. 289 y 290), TARUFFO (1992, pp. 421 ss.), UBERTIS (1995, pp. 27 ss.) y GASCÓN (1999, pp. 84 ss.). Como se observará a través de una simple consulta de las obras citadas, los significados que pueden identificarse del término “prueba” no se limitan a los tres indicados en el texto, pero, no siendo éste el objeto principal del presente trabajo, creo que aquéllos son especialmente significativos.

En una primera aproximación, puede decirse que “prueba” es utilizada en tres sentidos fundamentales. En primer lugar, es habitual el uso del término “prueba” para hacer referencia a los medios mediante los que se aportan o se pueden aportar elementos de juicio a favor de una determinada conclusión<sup>10</sup>. Ahora bien, resulta importante percibir que aun en este sentido se produce una ulterior ambigüedad. En efecto, en ocasiones se hace referencia a los medios de prueba en sentido genérico, para significar los tipos de medios probatorios utilizables o aceptados en Derecho. Se habla, así, de la prueba documental, la prueba testifical, etc., y también de la admisibilidad o de su tipicidad o atipicidad (TARUFFO, 1992, p. 422). En otras ocasiones, en cambio, se hace referencia al medio de prueba en sentido específico, esto es, a un concreto elemento probatorio aportado al expediente judicial. En esta acepción del término, se habla de la prueba documental constituida por el documento *D* o de la prueba testifical aportada mediante la declaración del testigo *T*<sub>1</sub> como distinta de aquella aportada por el testigo *T*<sub>2</sub><sup>11</sup>. Es de destacar que sólo en este sentido específico puede hablarse significativamente de relevancia de las pruebas: en efecto, si entendemos por relevancia de un medio de prueba el hecho de que pueda contribuir a confirmar o a falsear la ocurrencia de un hecho alegado en un proceso, sólo de forma específica, en relación con un medio de prueba y un hecho determinados, podrá establecerse la relevancia o irrelevancia del medio en cuestión.

En el segundo de los sentidos fundamentales antes indicados, se usa el término “prueba” para indicar la actividad consistente en la aportación de elementos de juicio a favor de una determinada conclusión o la fase o procedimiento del proceso judicial en el que

<sup>10</sup> Sirva de ejemplo el art. 299.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), que establece que «cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá *como prueba*, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias» (la cursiva es mía). Cfr. también la ejemplificación que realiza CABAÑAS, 1992, pp. 20 y 21.

<sup>11</sup> En este sentido debe entenderse, por ejemplo, lo prescrito por el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECr): «El Tribunal, apreciando, según su conciencia, *las pruebas practicadas* en el juicio [...], dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley» (la cursiva es mía).

se realiza esa actividad. Así, hablamos de la prueba judicial, la fase de prueba, el período probatorio, etc.<sup>12</sup>

Finalmente, el tercero de los sentidos hace referencia al resultado producido por la aportación de elementos de juicio con relación a la confirmación o falsación de una determinada hipótesis acerca de los hechos<sup>13</sup>. En ocasiones se sostiene que este sentido de prueba tiene un carácter subjetivo, en la medida en que se equipara la prueba «al convencimiento o grado de convicción que se produce en la mente del juez» (MIRANDA ESTRAMPES, 1997, p. 21). Ahora bien, como se verá más adelante, no creo que la prueba como resultado probatorio de la actividad consistente en aportar elementos de juicio a favor de una determinada reconstrucción de los hechos sea equiparable a la convicción psicológica del juez. Esta última se producirá, o no, con independencia de que los hechos hayan quedado probados. Obviamente, la convicción del juez o tribunal será relevante (en el sistema de libre valoración de la prueba) a los efectos de que aquéllos tengan por probada una proposición sobre un hecho, pero sostener que ello equivale a la prueba de la proposición elimina una distinción que creo, en cambio, necesaria: la que puede y debe trazarse entre que una proposición esté probada y que esa misma proposición sea tenida por probada por algún sujeto.

Debe destacarse, sin embargo, que también aquí se produce una ulterior ambigüedad. Así, puede hablarse del resultado probatorio de un medio específico de prueba y preguntarse, por ejemplo, en qué medida la declaración testifical de T<sub>1</sub> prueba la hipótesis H. Otras veces, en cambio, se usa el término “prueba” como resultado de la actividad probatoria, es decir, como el resultado obtenido de la valoración conjunta de todos los elementos probatorios, de todos

<sup>12</sup> Dice, en este sentido, el art. 290 LEC: «... el tribunal señalará, mediante providencia, con al menos cinco días de antelación el día y la hora en que hayan de practicarse los *actos de prueba* que no sea posible practicar en el juicio o vista [...]». Y el art. 475.3 establece que «la *práctica de las pruebas* se regirá por lo dispuesto en la ley para la vista de los juicios verbales» (las cursivas son mías).

<sup>13</sup> A los efectos de evaluar la posible vulneración del principio de presunción de inocencia establecido en el art. 24 de la Constitución Española, el Tribunal Constitucional ha distinguido de forma habitual las nociones de actividad probatoria y de resultado probatorio, sosteniendo la posibilidad del control constitucional de la existencia de la primera en el proceso y la imposibilidad de control sobre el resultado probatorio.  *Vid.*, al respecto, por ejemplo, la STC 101/1985 y también TOMÁS Y VALIENTE, 1987, pp. 20 ss.

los medios de prueba, aportados al expediente. Puede denominarse prueba como resultado parcial al primero de los sentidos<sup>14</sup> y prueba como resultado conjunto al segundo.

Resulta conveniente, en este punto, identificar cuál de los sentidos indicados se encuentra implicado en el enunciado “Está probado que *p*”. Es obvio que la respuesta a esta cuestión depende fundamentalmente del uso que en cada instancia concreta de utilización se dé al término. Ahora bien, en el presente trabajo “Está probado que *p*” se usa para hacer referencia al resultado conjunto de la actividad probatoria desarrollada a favor y/o en contra de la conclusión *p* (en atención a los distintos medios específicos de prueba aportados al proceso).

Una vez desbrozado mínimamente el camino, se está ya en condiciones de abordar el problema del sentido de “Está probado que *p*”. A este respecto, debe advertirse, en primer lugar, que no puede identificarse un único y homogéneo sentido para esa expresión. Así, en efecto, destacaré tres posibles sentidos que, si bien no son seguramente los únicos que pueden registrarse en los usos de los juristas y de los teóricos, sí son quizás los más relevantes.

#### A. “Está probado que *p*” como sinónimo de “Es verdad que *p*”

En una primera acepción, decir que algo está probado equivale a predicar la verdad de aquello que se considera probado. De este modo, no habría diferencia entre las nociones de prueba y verdad<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Puede entenderse así lo que establece el art. 347.1 LEC con relación a la actuación de peritos en la vista: «En especial, las partes y sus defensores podrán pedir: [...] 2.º Explicación del dictamen o de alguno de sus puntos, cuyo significado no se considerase suficientemente expresivo a los efectos de la prueba».

<sup>15</sup> Así, por ejemplo, parece sostener esta tesis GASCÓN, quien se expresa en los siguientes términos: «Afirmar que un enunciado fáctico está probado, o que constituye una prueba, significa que es verdadero, en el sentido de que los hechos que describe han sucedido» (GASCÓN, 1999, p. 83). No obstante, la propia autora ha matizado esta afirmación en un trabajo posterior, sosteniendo ahora que «afirmar que un enunciado fáctico está probado significa que ha sido verificado, que su verdad ha sido comprobada. Por eso, la expresión “probar un hecho” significa en rigor «comprobar la verdad de la afirmación de la existencia del hecho» (GASCÓN, 2001, p. 100. La cursiva es de la autora; también *id.*, 2002, p. 4).

Ahora bien, esta noción resulta claramente alejada de los usos de los juristas, dado que en atención a ella cabría considerar probada una proposición para la que no se dispusiera de evidencia alguna. Y en un proceso judicial, podría considerarse probada una hipótesis, aun cuando no se hubiera aportado ningún elemento probatorio en su favor. Todo ello con la condición de que la proposición o la hipótesis fueran verdaderas. Está claro, en mi opinión, que el elemento distorsionante es la consideración de la verdad como sinónimo de "prueba". Por ello, son muchos los juristas que consideran, más débilmente, que la verdad es condición necesaria, pero no suficiente, de la prueba de una proposición. En esos términos puede entenderse, por ejemplo, lo que sostiene ALSINA en referencia a la actividad probatoria:

«Prueba es "la comprobación judicial, por los medios que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende"» (ALSINA, 1961, p. 225).

Es posible formular, en mi opinión, sin excesivos problemas esa misma idea en referencia a la prueba como resultado conjunto de los elementos de juicio aportados al proceso en términos como éstos: una proposición está probada si los medios de prueba aportados permiten demostrar su verdad. Siendo así, la prueba de una proposición exigiría dos condiciones necesarias y conjuntamente suficientes: la presencia de elementos de juicio a su favor y la verdad de la proposición<sup>16</sup>.

Esta tesis ha sido sostenida también por buena parte de los autores clásicos que han escrito sobre la prueba. Así, por ejemplo, puede mencionarse a BENTHAM (1823, vol. I, p. 30) y a BONNIER (1869, vol. I, pp. 5-6). De forma muy clara, este último sostiene que

«descubrimos la verdad cuando hay conformidad entre nuestras ideas y los hechos del orden físico o del orden moral que deseamos conocer. Probar es establecer la existencia de esa conformidad».

<sup>16</sup> En la misma línea, WRÓBLEWSKI (1981, p. 174) sostiene que la proposición que afirma la existencia de un hecho (determinado descriptivamente y no valorativamente) en una específica dimensión espacio-temporal «no estará probada más que cuando sea una inferencia de las pruebas  $P_1, P_2 \dots P_n$  que son verdaderas en la lengua L».

En la actual doctrina procesal española, en cambio, esta tesis está en franca decadencia y ha sido sometida por parte de algunos autores a duras críticas. Puede destacarse, por ser muy ilustrativo de lo que sostiene un amplio sector de la doctrina, lo que escribe MIRANDA ESTRAMPES:

«Uno de los errores que más confusiones ha producido en relación al concepto de prueba ha sido el de señalar a la verdad como finalidad esencial de la prueba procesal, afirmando que la prueba consistía en la demostración o averiguación de la verdad de un hecho» (MIRANDA ESTRAMPES, 1997, pp. 36-37).

Como puede verse, no obstante, aquí se confunden dos cuestiones que, sin embargo, deben ser cuidadosamente distinguidas. La primera es si teleológicamente la finalidad de la institución jurídica de la prueba es la averiguación de la verdad sobre la ocurrencia de determinados hechos a los efectos de aplicarles, como consecuencia jurídica, determinadas soluciones normativas. Creo que la respuesta a este punto no puede ser más que afirmativa<sup>17</sup>. Por cierto, ello no debe tampoco ser confundido con la finalidad que puedan abrigar las partes al aportar pruebas al proceso. Esta última es absolutamente contingente y podrá ser determinada únicamente en cada caso concreto mediante algún tipo de investigación empírica. Puede suceder que la finalidad de las partes sea únicamente lograr la convicción del juez o también, por ejemplo, dilatar el proceso, pero ello no es en absoluto relevante para un análisis conceptual sobre la prueba.

La segunda cuestión concierne a si la verdad es o no un elemento definitorio de la prueba, en el sentido expresado más arriba, de modo que no pueda considerarse de ningún modo que una proposición está probada si es falsa. Ésta es la tesis acorde con el significado

<sup>17</sup> Así lo declaran expresamente, además, multitud de normas procesales, como pone de manifiesto el propio MIRANDA ESTRAMPES (1997, p. 38). Vid. también FERRAJOLI, 1989, pp. 551 ss., y ÜBERTIS, 1995, p. 7. Además, si se responde negativamente a esta cuestión, debe delinearse necesariamente una noción de prueba jurídica absolutamente escindida de la noción general de prueba, cosa que, por cierto, a MIRANDA ESTRAMPES no le parece plausible (p. 17). No obstante, como pone de manifiesto este último autor, hoy es mayoritaria en la doctrina procesal española y en buena parte de la doctrina europea continental la tesis de que la finalidad de la prueba es lograr la convicción judicial (vid. MIRANDA ESTRAMPES, 1997, pp. 46-47, y la bibliografía citada en las notas 136 a 144 del mismo texto). Volveré más adelante sobre los inconvenientes que presenta esta tesis mayoritaria.

de “Está probado que *p*” que se ha analizado en este apartado y que, como se verá más adelante, no me parece sostenible. En mi opinión, la prueba debe ser considerada como el medio a través del cual el Derecho pretende determinar la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial. Ahora bien, dadas las limitaciones (o imperfecciones, si se prefiere) de ese medio, la presencia del medio (la prueba) no garantiza la obtención del fin (la verdad).

Creo, en fin, que en la crítica elaborada por MIRANDA ESTRAMPES se da una confusión entre dos sentidos de “prueba” (como actividad probatoria y como resultado probatorio). Una cuestión es que la finalidad de la actividad probatoria en el proceso sea la averiguación de la verdad sobre las proposiciones fácticas relevantes para la aplicación del Derecho, para lo que se aportan elementos de juicio (medios de prueba) que deberían permitir acercarse razonablemente a esa finalidad; y otra que, como resultado probatorio, no sea concebible la prueba de una proposición falsa (aunque, por supuesto, en ese caso no se habría alcanzado la finalidad de la actividad probatoria)<sup>18</sup>.

### B. “Está probado que *p*” como sinónimo de “El juez ha establecido que *p*”

Ésta es la concepción de buena parte de los autores escépticos ante la posibilidad de conocimiento de los hechos, ya sea de forma general, ya sea en el contexto judicial (*vid.*, por ejemplo, FRANK, 1930, pp. xviii ss.). Para esos autores, decir que una proposición acerca

<sup>18</sup> Añade MIRANDA ESTRAMPES a la crítica anteriormente transcrita que «se coloca a la verdad como fin de la prueba, trasladando al ámbito del Derecho procesal todos aquellos problemas que en el ámbito filosófico se plantean en torno al concepto de verdad. La experiencia nos enseña cómo a través del proceso no se consigue, en multitud de ocasiones, alcanzar la verdad, pese a lo cual el juez ha dictado sentencia convencido de la exactitud de los hechos afirmados por las partes. Si consideramos a la verdad como finalidad de la prueba estaríamos admitiendo que la misma tiene un fin inalcanzable o irrealizable [...]» (MIRANDA ESTRAMPES, 1997, p. 38). En mi opinión, en cambio, no es posible evitar que se trasladen al ámbito del Derecho los problemas filosóficos acerca de la noción de verdad, en la medida en que el ámbito del Derecho no está desvinculado del resto de nuestro lenguaje y de nuestra experiencia empírica. Por otra parte, tampoco en los ámbitos científicos se alcanza siempre la verdad a través de la experimentación y no por ello se niega que ésa sea la finalidad de la misma.

de un hecho ha sido probada significa únicamente que ha sido incorporada al razonamiento decisorio del juez como premisa fáctica, esto es, que el juez ha declarado la ocurrencia del hecho en cuestión.

CARNELUTTI es quizás, en el ámbito del Derecho procesal, uno de los autores más representativos de esta posición, tanto por las tesis que sostiene como por la repercusión que éstas han tenido en Italia y en las culturas jurídicas de lengua castellana. Así, según CARNELUTTI, a pesar de que se utiliza el término “prueba” indistintamente en ámbitos jurídicos y científicos, el significado del término debe ser claramente distinguido. En contextos generales, no jurídicos, probar significaría demostrar la verdad de una proposición afirmada; en cambio, en el contexto del proceso judicial,

«probar [...] no querrá decir ya demostrar la verdad de los hechos discutidos, sino *determinar o fijar formalmente los hechos mismos mediante procedimientos específicos*» (CARNELUTTI, 1947, p. 55. Las cursivas son del autor).

No es pacífica en la doctrina la interpretación de lo que debe entenderse por la “fijación formal de los hechos” de la que habla CARNELUTTI. No obstante, en mi opinión, son bastantes las razones que permiten encuadrar su concepción en la definición de prueba que se está analizando<sup>19</sup>. Así, según el autor italiano, decir que un hecho<sup>20</sup> está probado (jurídicamente) equivale a decir que ese hecho ha sido fijado formalmente (ha sido establecido) por el juez mediante el procedimiento oportuno.

<sup>19</sup> En particular, cabe destacar su distinción entre los procesos dirigidos a la comprobación de la verdad (con independencia de que la alcancen) y los procesos de fijación formal de los hechos, que no obedecerían a una pretensión de dar cuenta de la realidad y tendrían como característica sobresaliente el hecho de estar sometidos a reglas procesales. En este sentido, además, la fijación formal de los hechos pareciera asimilarse a una declaración constitutiva de los mismos. En España, SERRA DOMÍNGUEZ (1962, pp. 357 y 358) ha interpretado de este modo las tesis de CARNELUTTI y las ha sometido a crítica. Considera SERRA que la concepción de la prueba jurídica que sostiene el autor italiano es fragmentaria porque olvida alguna de las funciones más importantes de la misma, a saber, «lograr la traslación de los hechos de la realidad al proceso» (p. 358). Lo sorprendente, en mi opinión, es que el propio SERRA considera contemporáneamente que hay que «abandonar para siempre el concepto de verdad como fin de la prueba jurídica» (p. 357).

<sup>20</sup> En rigor, una proposición referida a un hecho.

A la misma conclusión, pero por distintas razones, llegan autores como KELSEN o MERKL. En su caso, como ya ha sido analizado, el máximo interés se sitúa en el reconocimiento de efectos jurídicos a la decisión adoptada por el juez.

Vale la pena advertir que esta reconstrucción de la noción de hecho probado, con independencia de las razones, escépticas o no, que le sirvan de apoyo, está estrechamente vinculada a la concepción constitutivista que ha sido analizada en el apartado relativo a la fuerza de los enunciados. Como ya dije en ese apartado, creo que esta concepción conduce a no pocos problemas, entre los que destaca la suposición de la infalibilidad del juez<sup>21</sup>. Ahora bien, esta consecuencia debe ser matizada si se quiere dar cuenta adecuadamente de la concepción que se está examinando. La falibilidad de la decisión judicial respecto de los hechos probados tiene que ver con dos aspectos distintos que no deben ser confundidos. En un primer sentido, puede hablarse de una decisión judicial errónea en relación con los hechos probados por la falta de concordancia entre los hechos que así se declaran y los hechos realmente acaecidos<sup>22</sup>. En un segundo sentido, en cambio, una decisión judicial puede ser errónea por no haber respetado las reglas procesales que eventualmente regulen su adopción o su contenido. Está claro que una concepción de la prueba como la que sostienen los autores presentados en este apartado supone la infalibilidad del juez en el primero de los sentidos, pero no en el segundo. Es más, en casos como el de CARNELUTTI se podría decir que esta última posibilidad está, precisamente, presupuesta.

Los mismos problemas se plantean para la concepción, en buena medida análoga a la que se está discutiendo aquí, según la cual decir que una proposición sobre un hecho está probada significa que el juez ha llegado a la convicción de que ésta es verdadera (o probablemente verdadera o verosímil, etc.). No está siempre claro a qué se hace referencia con el término "convicción", aunque en cualquier caso parece aludirse a algún tipo de estado psicológico o bien a la noción de creencia. No obstante, si la convicción (o la creencia) del juez de que una proposición es verdadera (o probable, etc.) es condición suficiente para que ésta esté probada, se reproducen los

<sup>21</sup> Me remito, en todo caso, a ese apartado para las observaciones críticas pertinentes.

<sup>22</sup> Más adelante defenderé una versión revisada de esta acepción.

problemas de infalibilidad, etc., que ya han sido señalados. En definitiva, esa tesis es compatible con definiciones subjetivistas o escépticas de la prueba y no admite los controles racionales que buena parte de sus propios defensores postulan (*vid.*, al respecto, la extensa bibliografía citada por MIRANDA ESTRAMPES, 1997, pp. 155 ss., nota 504). Si la finalidad de la prueba es la de alcanzar la convicción judicial, obtenida ésta, ya no parecen posibles mayores controles.

Se podrá decir, más limitadamente, que la convicción psicológica es sólo una condición necesaria de la prueba a la que debe añadirse la aplicación en la formación de esa convicción de los criterios de racionalidad y de las reglas de la lógica. Ambas serían, en ese caso, condiciones necesarias y conjuntamente suficientes (entre muchos otros, parece sostener esta tesis FENECH, 1960, vol. II, p. 614). Ahora bien, incluso así, no podrá considerarse que un proposición sobre un hecho ha sido probada si no se ha obtenido la convicción psicológica del juez, puesto que ésta sería condición necesaria de la prueba. Entonces, no serán posibles críticas del tipo "en el expediente quedó probada la proposición *p* pero el juez no la tuvo por probada". Y es que, precisamente, la tesis mayoritaria en la doctrina procesal supone la confusión entre que una proposición esté probada y que ésta sea tenida por probada por el juez. Para esto último es contribuyente la convicción del juez acerca de la presencia de elementos de juicio suficientes a favor de *p*. Para lo primero, es necesario que esos elementos estén presentes en el expediente y sean suficientes, con independencia de la convicción del juez al respecto. Por último, como se pondrá de manifiesto en el capítulo tercero, esta concepción no da cuenta de los casos en los que el juzgador decide sobre los hechos de forma discordante con sus creencias, ya sea por su propia voluntad o bien porque el Derecho expresamente le obliga a ello (LARENZ, 1960, pp. 302 y 303).

### C. "Está probado que *p*" como sinónimo de "Hay elementos de juicio suficientes a favor de *p*"

En esta concepción, la prueba de una proposición tiene que ver con los elementos de juicio disponibles como corroboración de la hipótesis sobre los hechos que aquélla expresa. Es importante percibir tanto la cercanía como la diferencia de esta concepción con

la que ha sido analizada como concepción débil de la prueba como verdad. En efecto, según esta última, una proposición se considera probada si, y sólo si, hay elementos de juicio a favor de la misma y la proposición es verdadera. Las dos concepciones coinciden en la exigencia del primer requisito, pero divergen en que la concepción que ahora se analiza no exige la verdad de la proposición para poder considerarla probada; en otras palabras, una hipótesis sobre los hechos puede resultar probada, aun cuando sea falsa.

Es importante destacar que, en este sentido, los enunciados declarativos de hechos probados son enunciados relacionales (MENDONÇA, 1997, pp. 77 y 78). No se puede afirmar de modo absoluto que una proposición  $p$  está probada, sino únicamente con relación a un determinado conjunto de elementos de juicio (o medios de prueba). Que la proposición  $p$  está probada, en este sentido, significa que ese conjunto de elementos de juicio aporta apoyo suficiente para  $p$ . Ahora bien, si varía el conjunto, con la sustracción o la adición de algún elemento, puede variar consiguientemente el resultado probatorio que ese conjunto aporte a favor o en contra de  $p$ <sup>23</sup>. Se puede decir, entonces, que “Está probado que  $p$ ” es un enunciado incompleto, puesto que debe necesariamente ponerse en relación con un conjunto de elementos de juicio perfectamente identificado<sup>24</sup>. Ese conjunto de elementos de juicio, en el ámbito de la prueba judicial, estará delimitado por los medios de prueba admitidos y practicados en el proceso judicial y obrantes en el expediente.

Esta concepción del significado de “Está probado que  $p$ ” es compatible con diversas teorías acerca de la valoración de la prueba. Así, por ejemplo, el modelo matemático-estadístico de la prueba judi-

<sup>23</sup> Este punto será objeto de un mayor desarrollo en la segunda parte de la investigación en curso, objeto en su momento de un volumen específico dedicado a la valoración de la prueba. Por el momento, no obstante, me limitaré a señalar que, en mi opinión, un análisis en términos de la racionalidad de los estados epistémicos en el marco de la teoría de los flujos de conocimiento puede aportar buena luz al problema examinado. Al respecto, puede verse, por ejemplo, TARUFFO (1995a, pp. 804 ss.), GÄRDENFORS (1988) y LEVI (1991).

<sup>24</sup> También bajo la concepción escéptica que atribuye a “Está probado que  $p$ ” el significado de “El juez ha establecido que  $p$ ”, ese enunciado es relacional. En ese caso, debe necesariamente ponerse con relación al proceso o a la decisión en la que el juez ha establecido que  $p$ . En cambio, en el sentido que aquí ha venido señalándose, “Está probado que  $p$ ” como sinónimo de “Es verdad que  $p$ ” no sería un enunciado relacional, sino absoluto.

cial, que, en su versión más clásica, supone la aplicación del denominado teorema de Bayes para la determinación del valor probatorio de uno o más elementos de juicio para una hipótesis sobre los hechos<sup>25</sup>. También es compatible, entre otras, con las concepciones de la prueba como probabilidad inductiva o lógica (TARUFFO, 1992, pp. 199 ss.) o como verosimilitud. Todas ellas, y algunas otras, serían en este sentido teorías acerca de las condiciones de verdad del enunciado “Está probado que  $p$ ”; es decir, permitirían determinar cuándo se dispone de elementos de juicio *suficientes* en apoyo de una determinada hipótesis sobre los hechos.

Es importante percibir claramente algo que ya está implicado en lo que acaba de decirse. De acuerdo con la concepción del significado de “Está probado que  $p$ ” que se está analizando, este enunciado será verdadero cuando se disponga de elementos de juicio *suficientes* a favor de  $p$  y falso cuando no se disponga de elementos de juicio a su favor o éstos sean *insuficientes*, todo ello con independencia de la verdad o falsedad de la proposición  $p$ . Puede ocurrir, por tanto, que una proposición sobre un hecho relevante para una causa judicial disponga en el proceso de elementos de juicio suficientes a su favor y que, en cambio, sea falsa. Por supuesto, también puede suceder que la misma proposición sea verdadera. Y, por otro lado, puede ocurrir que una proposición verdadera sobre un hecho relevante para una causa judicial no disponga de elementos de juicio suficientes a su favor o bien que sí disponga de ellos.

En mi opinión, esta concepción reconstruye adecuadamente los usos lingüísticos y las intuiciones fundamentales con las que los juristas dan cuenta de la noción de hecho probado. Veamos un ejemplo.

Supongamos un proceso civil cuya pretensión fundamental es la determinación de la paternidad del niño N por parte del señor S. La pretensión es sostenida por la representación de la madre de N, quien aporta como medios de prueba a su favor: 1) distintas declaraciones testificales que corroboran la afirmación de que S y la demandante mantuvieron una relación de pareja durante dos años coincidente en el tiempo con el momento en que N fue engendrado; 2) algunos registros de hoteles en los que la demandante y el deman-

<sup>25</sup> Al respecto pueden verse las excelentes presentaciones realizadas por TARUFFO (1992, pp. 166 ss.) y GASCÓN (1999, pp. 162 ss.). Una presentación general de la teoría de la probabilidad bayesiana puede verse también en RESNIK (1987, pp. 88 ss.).

dado habrían compartido habitación, y 3) solicita una prueba científica de determinación de la paternidad. Aceptada y practicada esta última prueba, el resultado es positivo a favor de la paternidad de S. En esas condiciones, parece obvio que cualquier jurista mínimamente competente diría que se dan elementos de juicio suficientes a favor de la pretensión de la madre. Se dirá, en ese caso, que está probada la proposición según la cual S es el padre de N. Y cabría atribuir un mal ejercicio de la potestad juzgadora al juez de la causa si no declarara el pertinente hecho probado. Ahora bien, como es sabido, incluso las pruebas científicas de paternidad tienen un margen de error que, aunque sea pequeño, supone la posibilidad de que S no sea el padre de N<sup>26</sup>. Entonces, si se diera el caso, resultaría que la proposición que afirmaba la paternidad de S era falsa. Pero, en cambio, seguiría siendo verdadero que había elementos de juicio suficientes para determinar esa paternidad y declararla, por tanto, probada.

Por último, vale la pena hacer una rápida mención del juego de la negación respecto de enunciados como “Está probado que  $p$ ”. Así, es importante percibir que este tipo de enunciados admite dos negaciones distintas, una interna y otra externa, que no deben ser confundidas. La negación interna del enunciado (“Está probado que  $no-p$ ”) afirma la prueba de una proposición: en concreto, de la proposición que describe la no-ocurrencia de un hecho. En cambio, la negación externa del enunciado (“No está probado que  $p$ ”) no dice nada acerca de la ocurrencia o no de hecho alguno (externo al pro-

<sup>26</sup> En las pruebas genéticas de paternidad, cuando la probabilidad de que un determinado individuo sea el padre supera el 99,73 por 100 se suele considerar científicamente probada la paternidad. Ahora bien, por supuesto esto no supone la exclusión de la posibilidad de errores. De forma general, puede decirse que esos errores pueden ser de dos tipos, técnicos y biológicos. Los primeros tienen que ver con la práctica defectuosa de las pruebas, e incluso con errores de identificación de las muestras, etc. Los segundos pueden deberse a distintos factores. Los más habituales son los producidos por los denominados genes silentes, cuya detección resulta especialmente difícil, y por la posibilidad de mutación, consistente en la modificación de una parte del genoma. Sobre este punto y, en general, para un análisis probabilístico de la investigación de la paternidad, puede verse GUTIÉRREZ CABRIA (1993, pp. 267 ss. y, especialmente, 278-279). Una buena explicación de las pruebas biológicas de ADN puede encontrarse en DI LELLA (1997, especialmente pp. 23 ss.). Sobre las pruebas estadísticas puede verse, por todos, FROSINI (2002).

ceso): simplemente afirma la falta de elementos de juicio suficientes para considerar probada la ocurrencia de un hecho<sup>27</sup>.

Esto quizás muestre, en fin, una cierta asimetría entre “Está probado que  $p$ ” y su correspondiente negación externa. Mientras que el primero supone la presencia en el proceso de elementos de juicio suficientes para justificar la aceptación de la ocurrencia de un hecho y, en ese sentido, permite considerar probada esa ocurrencia, su negación externa no dice nada acerca de la ocurrencia o no del hecho, sino simplemente de la falta de elementos de juicio suficientes para considerarla probada. Ahora bien, el enunciado “No está probado que  $p$ ” es susceptible, en cualquier caso, de verdad o falsedad: lo es, en relación con los elementos de juicio presentes en el expediente. Si hay elementos de juicio suficientes a favor de  $p$ , el enunciado en cuestión resultará falso y, a la inversa, si no los hay, resultará verdadero.

En definitiva, es perfectamente posible (y no tiene nada de extraño) que una proposición verdadera acerca de un hecho  $h$  esté probada de acuerdo con los elementos de juicio disponibles en el proceso judicial, que no esté probada e incluso que resulte probada su negación.

#### 4. PRUEBA, VERDAD Y REGLAS PROCESALES

No es extraño encontrar en la literatura una defensa de la especificidad de la prueba jurídica, con distintos matices en función del autor, frente a la noción general de prueba. Esa especificidad puede llegar hasta el extremo de considerar al término “prueba” como un término ambiguo, que tendría significados distintos en función del ámbito, general o jurídico, en el que se utilizara en cada momento.

<sup>27</sup> En este caso serán decisivas a los efectos de la decisión judicial las reglas sobre la carga de la prueba o, en el ámbito penal, la presunción de inocencia. Desgraciadamente, no es extraño en nuestra jurisprudencia que los jueces y tribunales apliquen erróneamente la presunción de inocencia en supuestos en los que está probado que no ocurrió el hecho delictivo o que el sujeto acusado de su realización no participó en el mismo. Una correcta aplicación de las distinciones examinadas en el texto y del principio constitucional de presunción de inocencia debería llevar en esos casos a una absolución por haber resultado probada la inocencia del acusado (y no presumida).

Pues bien, una de las razones que habitualmente se aducen para aquella defensa es la presencia en el ámbito jurídico de una importante cantidad de reglas procesales que establecen límites a la posibilidad de determinación de la verdad de lo ocurrido a través de las pruebas.

En la dogmática procesal de los países de *civil law* esta posición puede ejemplificarse de forma iluminadora en las tesis sostenidas por FRANCESCO CARNELUTTI, quien sostiene que

«de forma general, *probar* significa, en efecto, demostrar la verdad de una proposición afirmada. En cambio, en el ámbito jurídico, el control de los hechos controvertidos por parte del juez puede no realizarse mediante la búsqueda de su verdad, sino mediante los procedimientos de fijación formal [...]. Si la ley da cuenta de esos procesos bajo el nombre de prueba, esto supone que el contenido propio del vocablo en el lenguaje jurídico se altera y se deforma. Probar, en efecto, ya no significará demostrar la verdad de los hechos controvertidos, sino *determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos*» (CARNELUTTI, 1947, p. 55. Las cursivas son del autor).

Como puede verse, CARNELUTTI deriva de la presencia de reglas procesales sobre la prueba, que él denomina procedimientos de fijación de los hechos, un cambio necesario en el significado de la prueba misma. Y es fácil advertir, también, que ello supone sostener una respuesta específica para los problemas sobre la fuerza y el significado de los enunciados declarativos de hechos probados que han sido analizados anteriormente.

Podría considerarse que la referencia de CARNELUTTI a los procesos formales de fijación de los hechos debe entenderse en relación con los supuestos de prueba legal o tasada, sin incluir, por tanto, todos los casos en los que la prueba se somete a la libre apreciación del juez. Bajo esta hipótesis, cabría entender que, dentro del propio ámbito jurídico, estarían en juego dos nociones de prueba (como resultado): una de ellas restringida a los supuestos de prueba legal y la otra a los casos en los que rige la libre valoración del juez<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Ésta es, por ejemplo, la tesis defendida por SENTÍS MELENDO, para quien «la denominada prueba legal puede ser otra institución, pero nunca la probatoria. Si el juez ha de dar a un elemento del proceso, aunque aparezca como probatorio,

Siendo así, deberían explicitarse esas respectivas nociones de forma clara. Ahora bien, no es ésta la tesis que sostiene CARNELUTTI. Para el autor italiano, en cambio,

«[...] basta un *límite mínimo* a la libertad de búsqueda del juez para que el proceso de búsqueda de la verdad degenere en un proceso formal de fijación; en otros términos, la medida del límite es indiferente para la naturaleza del proceso. La verdad es como el agua: o es pura o no es verdad. Cuando la búsqueda de la verdad material está limitada en el sentido de que ésta no puede ser *conocida en todo caso y mediante cualquier medio*, con independencia de si el límite es más o menos riguroso, el resultado es siempre el mismo: *no se trata ya de una búsqueda de la verdad material, sino de un proceso de fijación formal de los hechos*» (CARNELUTTI, 1947, pp. 33-34. Las cursivas son del autor).

Es decir, según CARNELUTTI, cualquier regla que limite las posibilidades de investigación de la verdad haría de la declaración de hechos probados realizada por el juez un supuesto de fijación formal de los hechos. Esto supondría que enunciados del tipo “Está probado que *p*” serían sinónimos de “El juez ha establecido que *p*” y serían normalmente emitidos con fuerza constitutiva. Por ello, no puede cerrarse el análisis de la fuerza y el significado de los enunciados declarativos de hechos probados (o de la prueba como resultado de los medios de prueba aportados al expediente judicial) sin tomar en consideración la influencia que sobre ellos ejerce la existencia de reglas procesales sobre la prueba en todos los ordenamientos jurídicos modernos.

Ahora bien, en mi opinión no puede darse una respuesta satisfactoria a este problema si no se analizan con algún detalle y se

un valor fijo, determinado, indiscutible, estaremos ante un fenómeno de construcción de la sentencia, de elaboración de la premisa menor del silogismo, pero no estaremos ante un fenómeno probatorio» (SENTÍS MELENDO, 1979, p. 22). En resumen, «*la prueba es libertad*. Sin libertad no hay prueba; podrá haber [...] sucedáneos, sustitutivos de prueba, pero no verdaderas pruebas» (SENTÍS MELENDO, 1979, p. 23. La cursiva es del autor). Puede observarse que CARNELUTTI y SENTÍS MELENDO comparten la preocupación por la influencia que tienen las reglas procesales sobre la prueba sobre la propia noción de prueba. Sus respuestas son, sin embargo, opuestas. *Vid.* una crítica directa a la teoría carnelluttiana en SENTÍS MELENDO, 1979, pp. 114 ss., y en DEVIS ECHANDÍA, 1981, pp. 29 a 31.

distinguen los diversos tipos de reglas sobre la prueba, así como el alcance general de la regulación jurídica sobre la prueba.

Respecto de este último aspecto, no puede desconocerse que los límites impuestos por la regulación jurídica y por la propia estructura del proceso judicial a las posibilidades generales de probar (en sentido no jurídico) un hecho son importantes. Así, no sólo deben tenerse en cuenta las limitaciones propiamente normativas impuestas a esas posibilidades, sino también, por ejemplo, las limitaciones temporales que están implícitas en la propia noción del proceso judicial. Ahora bien, esto no supone la necesidad de delinear un concepto específico de prueba que, no limitándose a incluir algunas especificidades respecto del concepto general, conlleve la escisión completa de esa noción general (*vid.*, por todos, SENTÍS MELENDO, 1979, p. 10; DEVIS ECHANDÍA, 1981, pp. 9 ss.; TARUFFO, 1992, p. 351; HAZARD-TARUFFO, 1993, pp. 92 y 95, y MIRANDA ESTRAMPES, 1997, pp. 16 ss.). Además, tampoco el alcance de la regulación jurídica de la prueba es tan amplio como en muchas ocasiones se supone<sup>29</sup>. Si se parte, como es habitual en el ámbito del *common law*, del principio de libertad de prueba (*free proof*), entonces todo elemento de prueba que resulte útil para la determinación de los hechos del caso podrá ser utilizado y valorado según los criterios cognoscitivos propios de la racionalidad general (TARUFFO, 1992, p. 332). A partir de aquí, la regulación jurídica de la prueba supondría el establecimiento de distintos tipos de excepciones a ese principio general que, como tales excepciones, tendrían un carácter parcial y marginal. En este sentido, TWINING (1994, pp. 196 ss.) ha utilizado gráficamente la metáfora del queso *gruyère*. En esa imagen, el queso sería la regulación jurídica y los agujeros los ámbitos de aplicación de la racionalidad general para la determinación de los hechos probados. El número y amplitud de los agujeros dependería necesariamente de la regulación específica de cada ordenamiento, aunque, en todo caso, ocuparían un espacio mayoritario.

<sup>29</sup> Su extensión concreta no podrá indicarse más que de forma relativa a cada ordenamiento y momento histórico.

### A. Prueba y reglas sobre la prueba

Como ya ha sido anticipado, para calibrar de forma mínimamente aceptable la incidencia de las reglas procesales sobre la prueba en el propio significado de prueba de un hecho (y sobre la fuerza de los enunciados que se refieren a ella) es necesario distinguir diversos tipos de reglas sobre la prueba. Una tesis general que sostenga la imposibilidad de alcanzar conclusiones verdaderas en el proceso judicial, en la medida en que se trata de una actividad sometida a normas, haría innecesario ese análisis detallado. No obstante, creo que una tesis general de ese tipo no es sostenible: la sola presencia de normas que regulen una actividad no impide que en ella se alcancen conclusiones verdaderas acerca del mundo. Así, por ejemplo, un editor puede contratar la realización de un libro de historia con un historiador, regular en el contrato los plazos de ejecución de la obra (incluso mediante entregas en distintas fases), de forma que se impida la revisión de la misma una vez hecha cada entrega, etc., y no por ello se podrá decir que esa regulación incide necesariamente en el valor de verdad (o en la capacidad para ser pasibles de ese valor) de los enunciados contenidos en la obra que entregue el historiador a su editor.

En un primer análisis aproximativo, puede distinguirse en el ámbito de las reglas jurídicas sobre la prueba tres subconjuntos, que guardan adecuada correspondencia con los distintos sentidos del término "prueba" que han sido analizados anteriormente. El primer subconjunto está compuesto por las reglas que versan sobre la actividad probatoria: incluye reglas que establecen el inicio y/o el final de la fase de prueba en el proceso, las formas para la práctica de la prueba, la iniciativa de la actividad probatoria, etc.<sup>30</sup>. Si se tiene

<sup>30</sup> Pueden citarse a modo de ejemplo los arts. 282 («Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley»), 289.1 («Las pruebas se practicarán contradictoriamente en vista pública, o con publicidad y documentación similares si no se llevasen a efecto en la sede del tribunal») y 290.1 («Todas las pruebas se practicarán en unidad de acto. Excepcionalmente, el tribunal señalará, mediante providencia, con al menos cinco días de antelación el día y la hora en que hayan de practicarse los actos de prueba que no sea posible llevar a cabo en el juicio o vista. Si, excepcionalmente, la prueba no se practicase en la sede del tribunal, se

en cuenta que he sostenido que la forma más plausible de entender los enunciados declarativos de hechos probados contenidos en las decisiones judiciales, del tipo de “Está probado que  $p$ ”, es aquella que le confiere el significado de “Hay elementos de juicio suficientes a favor de  $p$ ”, no parece que la presencia de reglas sobre la actividad probatoria impida alcanzar conclusiones de ese tipo que resulten aptas para la verdad <sup>31</sup>.

El segundo tipo de reglas jurídicas sobre la prueba está compuesto por las normas sobre los medios de prueba. Algunas de ellas declaran admisibles determinados (o todos) los medios de prueba de forma general o específicamente para algún tipo de procedimiento <sup>32</sup>; otras excluyen uno o diversos medios de prueba <sup>33</sup>; otras simplemente los definen <sup>34</sup>; finalmente, algunas reglas procesales esta-

determinará y notificará el lugar de que se trate»), todos ellos de la LEC. Del mismo modo, pueden citarse, por ejemplo, los arts. 701.5 («Las pruebas de cada parte se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente») y 728 («No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas»), ambos de la LECr.

<sup>31</sup> Debe recordarse, no obstante, que la proposición expresada por enunciados del tipo “Hay elementos de juicio suficientes a favor de  $p$ ” podrá ser verdadera o falsa con independencia de la verdad o falsedad de la proposición  $p$  y que es la primera y no esta última la que aquí resulta relevante. *Vid.*, al respecto, FORIERS, 1981, pp. 12-13.

<sup>32</sup> Son muchos los ejemplos de este tipo de reglas. Bastará citar unos pocos para una mejor comprensión: establece el art. 299.1 LEC que «los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son: 1.º Interrogatorio de las partes; 2.º Documentos públicos; 3.º Documentos privados; 4.º Dictamen de peritos; 5.º Reconocimiento judicial, y 6.º Interrogatorio de testigos». Y el párrafo tercero de ese mismo artículo dice que «cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este mismo artículo pudiera obtenerse certeza sobre los hechos relevantes, el Tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias».

<sup>33</sup> Así, por ejemplo, puede mencionarse la exclusión general de la prueba ilícita (*vid.* arts. 283.3 y 287 LEC y 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial) o reglas como la establecida por el art. 231 LECr, que, regulando la apelación penal, establece que «las partes podrán presentar, antes del día de la vista, los documentos que tuvieren por conveniente en justificación de sus pretensiones. No será admisible otro medio de prueba».

<sup>34</sup> Puede citarse, por ejemplo, el art. 317 LEC que define qué debe entenderse por documento público: «A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos: 1º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Secretarios Judiciales [...]».

blecen expresamente la obligación de practicar determinados medios de prueba en algunos procesos específicos, etc. <sup>35</sup>. En mi opinión, tampoco este tipo de reglas incide necesariamente en el análisis del significado y la fuerza de los enunciados declarativos de hechos probados. Por supuesto, algunas de estas reglas imponen limitaciones, justificadas de diversos modos, para las posibilidades de determinar de forma verdadera los hechos ocurridos y, en ese sentido, GASCÓN (1999, pp. 125 ss.) las denomina “contra-epistemológicas”. Ahora bien, ello no impide que, de forma relacional a los medios de prueba presentes en el expediente judicial, en el momento de la decisión puede decidirse racionalmente por parte del juez que existen elementos de juicio suficientes a favor de la proposición  $p$  y declararla, por ello, probada.

Mayor atención merece el último tipo de reglas sobre la prueba: aquellas que versan sobre el resultado probatorio. Este último conjunto de reglas sobre la prueba está básicamente subdividido en dos grandes categorías, correspondientes a los dos sistemas más importantes de valoración de la prueba: el de la libre valoración y el de la prueba legal. Así, se incluyen reglas que expresamente establecen la libertad del juez para valorar los medios de prueba específicos que hayan sido aportados al proceso. Ahora bien, esa libertad debe entenderse únicamente en el sentido de que no está sometida a limitaciones jurídicas <sup>36</sup>. En cambio, la libertad del juez para determinar los hechos probados del caso sí está limitada por las reglas generales de la racionalidad y la lógica, como ha sido también reconocido por la jurisprudencia. Es más, puede entenderse que ésa es su única limitación, también jurídica. De ese modo, la determinación de los hechos probados realizada contra las reglas de la lógica o, en general,

<sup>35</sup> En esa línea puede mencionarse el art. 759.1 LEC, que establece que «en los procesos de incapacidad, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el art. 752, el tribunal oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacidad sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal».

<sup>36</sup> En este sentido, es habitual la utilización de la expresión “libre valoración de la prueba” para denotar simplemente la ausencia de reglas procesales de prueba legal que predeterminen el resultado probatorio. *Cfr.*, por todos, TARUFFO, 1986, p. 242, nota 12; *id.*, 1992, pp. 369-370.

de la racionalidad supondría una infracción de ley<sup>37</sup>; para ello, basta interpretar las reglas que establecen la libre valoración de la prueba de forma que ordenen la valoración mediante la utilización de la racionalidad general<sup>38</sup>.

En consecuencia, como resulta obvio, este tipo de reglas tampoco supone problema alguno para la noción de prueba que se ha defendido en los apartados anteriores. De forma general, estas reglas podrían entenderse como prescripciones en las que se ordenara emitir juicios verdaderos<sup>39</sup>. Esto es, que se declaren probadas aquellas proposiciones que estén probadas de acuerdo con los criterios generales de la racionalidad y atendiendo a los elementos de juicio o prueba aportados al proceso. Así pues, un enunciado probatorio contenido en una resolución judicial será verdadero cuando lo que el juez tiene por probado se corresponda con aquello que está probado en el proceso. El enunciado probatorio será, en cambio, falso cuando esa coincidencia no se produzca<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Así, por ejemplo, la STS de 20 de enero de 1990 (R. 460) advierte que «[...] la infracción de ley [...] tiene lugar no sólo cuando se subsume incorrectamente un hecho bajo una prescripción legal, sino también cuando se *determina el hecho probado* infringiendo las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o contradiciendo conocimientos científicos» y la STS de 8 de octubre de 1990 (R. 7816) señala, en sentido análogo, que «[...] se cuestiona la corrección del razonamiento del Tribunal *a quo* en la *determinación de los hechos probados*. Tal objeción puede ser materia de recurso de casación por infracción de ley [...]». Finalmente, resulta muy clara la STS de 15 de abril de 1989 (R. 3355): «[...] este juicio es controlable y revisable en casación en el segundo nivel de valoración de la prueba, es decir, el referido a las deducciones e inducciones que el Tribunal puede realizar a partir de los hechos que ha percibido directamente del juicio oral. Estas inferencias pueden ser controladas en la casación precisamente porque no dependen sustancialmente de la intermediación, sino de la corrección del razonamiento que se debe fundar en las reglas de la lógica, en los principios de la experiencia y, en su caso, en conocimientos científicos».

<sup>38</sup> Algunas de esas reglas se expresan en ese sentido de forma literal. *Vid.*, por ejemplo, el art. 717 LECr, que establece que «las declaraciones de las Autoridades y funcionarios de policía judicial tendrán el valor de declaraciones testificadas, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional». También puede mencionarse la regla general establecida por el art. 218.2 LEC, cuyo tenor literal es el siguiente: «[...] La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón». *Vid.* también, en el mismo sentido, TARUFFO, 1992, p. 375; *id.*, 1997, pp. 565 ss.; FERRUA, 1999, p. 224, y WRÓBLEWSKI, 1981, pp. 186 ss.

<sup>39</sup> Debo esta imagen a una sugerencia de José Juan MORESO.

<sup>40</sup> La distinción entre que se tenga por probada una proposición y que esté probada esa proposición será analizada con mayor detenimiento en el capítulo siguiente.

Por último, debe analizarse la incidencia sobre la noción de prueba de las reglas sobre la denominada prueba legal. Éstas son también reglas que regulan el resultado probatorio y suponen el mayor desafío que impone el derecho a la utilización en el proceso de una noción general de prueba.

De forma preliminar, no obstante, vale la pena dar cuenta someramente de la distinción entre la prueba legal y la legalidad de la prueba. Como señala CABAÑAS (1992, p. 70), mediante esta última expresión se hace referencia al hecho de que un medio de prueba se halla definido como tal por la ley a los efectos de la determinación de los hechos. En este caso, pues, la legalidad está referida al medio de prueba en cuanto tal<sup>41</sup>. En cambio, el sistema de prueba legal tiene que ver con una forma determinada de establecer el resultado probatorio de uno o diversos medios de prueba (CABAÑAS, 1992, p. 71; también MONTERO AROCA, 2000, pp. 52-53).

Frente al sistema de la libre valoración de la prueba, que maximiza la función juzgadora del juez al encomendarle la determinación del resultado probatorio específico y conjunto de los medios de prueba aportados al proceso, el sistema de la prueba legal supone una reducción a la mínima expresión de esa función juzgadora. Por ello, algunos autores que han puesto el acento en la libertad del juez a la hora de establecer los hechos probados llegan a la conclusión que las denominadas pruebas legales no son pruebas o, al menos, no lo son en el mismo sentido en que se utiliza la expresión en el ámbito del sistema de libre apreciación de la prueba<sup>42</sup>. Si esto fuera

No obstante, por el momento, vale la pena señalar que la misma supone el rechazo de las tesis subjetivistas que asimilan la prueba de una proposición a la convicción psicológica del juez o al hecho de que el juez haya declarado probado el hecho en su resolución.

<sup>41</sup> También es habitual la utilización de la expresión “prueba típica” para hacer referencia a esa misma idea. En el lado inverso, se habla de “prueba atípica” para referirse a los medios de prueba no expresamente definidos como tales por la ley procesal. Finalmente, el denominado principio de legalidad de la prueba impondría la necesidad de recurrir a medios legales de prueba para probar las alegaciones fácticas realizadas en el proceso.

<sup>42</sup> *Vid.*, por todos, SENTÍS MELENDO, 1979, pp. 124, 126 y 242-243, donde se refiere a las pruebas legales como “sucedáneos de prueba”. De una forma muy clara se expresa también en las pp. 252-253: «[...] la denominada *prueba legal* no es tal prueba porque, además de su carencia de libertad, en todos los aspectos procesales de ella, no constituye una verificación que conduzca a un resultado, sino que constituye la imposición directa de ese resultado al juez, cualquiera que sea su convicción [...]».

así, no cabría la aplicación del análisis realizado en este capítulo en torno al concepto de prueba a las denominadas pruebas legales.

En mi opinión, en cambio, este punto podrá ser mejor examinado si se observa con mayor detenimiento el modo en que opera la atribución del resultado probatorio a un determinado medio de prueba en el sistema de prueba legal. Vale la pena recordar, al respecto, que al presentar los distintos sentidos con los que se utiliza el término “prueba”, se distinguió entre la prueba como actividad, como medio y como resultado. A su vez, la prueba como medio se distinguió entre el medio genérico y el medio específico (*vid.* apartado 3). Se habla de medio de prueba en sentido genérico cuando se hace referencia, por ejemplo, a la prueba documental. En cambio, el medio de prueba en sentido específico está referido a un concreto documento que haya sido aportado al proceso como prueba. Pues bien, la noción de prueba que es objeto principal de estudio en este trabajo y que se utiliza en los enunciados declarativos de hechos probados hace referencia al resultado probatorio de los distintos medios específicos de prueba aportados al proceso. Como es obvio, ese resultado sólo puede ser determinado una vez se ha llevado a cabo el proceso (o durante el mismo), puesto que sólo en ese momento podrá conocerse qué medios específicos de prueba han sido aportados efectivamente.

En cambio, a través de las reglas de prueba legal el legislador atribuye *ex ante* un resultado probatorio determinado a un medio de prueba genérico (LOMBARDO, 1992, p. 613, y TARUFFO, 1992, pp. 361 ss.)<sup>43</sup>. Así, por ejemplo, el art. 319.1 LEC establece que

<sup>43</sup> A su vez, el resultado puede ser sólo específico para ese medio de prueba o bien trasladarse como resultado conjunto (final) de la actividad probatoria. Así, puede entenderse la distinción entre pruebas legales relativas o absolutas (o que admiten o no, respectivamente, prueba en contrario) en función de si ese resultado parcial del medio de prueba puede ser desvirtuado por otras pruebas aportadas al proceso o bien las desplaza necesariamente. *Vid.*, al respecto, LOMBARDO, 1992, pp. 621 ss.; CARNELUTTI, 1936, I, pp. 750 ss. Como ejemplo de regla de prueba legal relativa puede mencionarse la recogida por el art. 316 LEC, que establece que «si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial». Puede verse un análisis de la regla en cuestión en CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA y MORENO CATENA, 2000, pp. 282 ss. Un ejemplo, en cambio, de regla de prueba legal absoluta puede encontrarse en el art. 1.229 del Código Civil o en el art. 319.1 LEC citado en el texto.

«con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1 a 6 del art. 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella» (de forma concordante, *vid.* art. 1.218 del Código Civil).

Cómo puede observarse, la disposición transcrita adjudica un resultado probatorio (“harán prueba plena”) al medio de prueba representado por el documento público respecto de determinados extremos del mismo. Ese resultado es independiente del documento concreto que pueda aportarse a un proceso, esto es, se adjudica a todos los elementos integrantes de la clase de los documentos públicos, con independencia de las circunstancias específicas de cada uno de ellos. El juez, en consecuencia, deberá limitarse a constatar la presencia de un documento público entre los elementos de juicio presentes en el expediente judicial y a otorgarle el resultado preestablecido por la ley.

Parece, pues, acertada la tesis que sostiene que en el sistema de prueba legal cambia la noción de prueba respecto de la que está en juego en el sistema de libre valoración de la prueba. En el primero, la prueba sería el resultado de un medio de prueba genérico; en el segundo, la prueba sería el resultado de uno o distintos medios de prueba específicos aportados al proceso. Ahora bien, esta aparente distinción podría decaer si se diera el caso de que todos los medios específicos de prueba pertenecientes a la clase de un medio genérico determinado tuviesen el mismo resultado. Si, por ejemplo, todos los documentos públicos específicos tuviesen como resultado probatorio la acreditación de la fecha del documento, podría decirse, sin más, que el medio genérico “prueba documental” (en el caso en que el documento sea público) hace prueba plena de la fecha del documento. La sola presencia de un documento público cualquiera en el expediente judicial sería un elemento de juicio suficiente para inferir la certeza de la fecha de su otorgamiento (entre otros aspectos). En ese supuesto, no estaría implicada ninguna diferencia conceptual en la noción de prueba que opera en los dos sistemas<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> A este supuesto parece hacer referencia SERRA DOMÍNGUEZ (1984, pp. 579-580), cuando afirma que las reglas de prueba legal «están establecidas para evitar los errores humanos de los Jueces medios. En aquellos casos en que la gran mayoría de los

No obstante, resulta claro que es empíricamente falso que en todos los casos en los que se otorga un documento público se declara verdaderamente la fecha del otorgamiento (entre otros aspectos), de modo que no puede inferirse válidamente la verdad de la fecha declarada a partir del hecho de su declaración en documento público. Por todo ello, parece plausible interpretar las reglas de prueba legal como presunciones basadas en la ficción de la corrección de la inferencia probatoria implícita<sup>45</sup>. En los supuestos en que la regla de prueba legal es absoluta la presunción deberá entenderse del tipo *iuris et de iure*. En cambio, en los supuestos en que la regla de prueba legal es relativa, la presunción deberá entenderse como *iuris tantum*. En el primer caso, la presencia del hecho base de la presunción, a saber, en el ejemplo que se viene utilizando, la presencia en el expediente de un documento público, dará lugar al hecho presumido, a saber, la determinación de la fecha del otorgamiento del documento, sin posibilidad de prueba en contrario. El hecho base se considera por parte del legislador un elemento de juicio suficiente y concluyente a favor del hecho presumido. En el segundo caso, la regla de prueba legal atribuye un resultado probatorio parcial al medio de prueba y lo presume *iuris tantum* como resultado conjunto de la actividad probatoria, admitiendo, en consecuencia, que la incidencia de los eventuales medios de prueba adicionales desvirtúen ese resultado.

En el ámbito de la teoría del Derecho, FULLER presenta un análisis de las ficciones y de las presunciones en la línea que aquí se sostiene. De acuerdo con FULLER, en las presunciones *iuris et de iure* el enunciado presumido puede ser contingentemente verdadero (como puede ser verdadera la fecha de otorgamiento declarada en el documento). En cambio, es siempre falsa (y tiene carácter de ficción) la regla que la sostiene: que el hecho base es siempre una prueba concluyente del hecho presumido (*vid.* FULLER, 1967, p. 41). Por su

Jueces apreciaría la prueba en un sentido determinado, el legislador impone dicha apreciación probatoria para evitar los errores de un pequeño número de Jueces que quizá se apartarían de dicho criterio». También parece ser ésta la tesis que sostiene FURNO (1940, pp. 22 ss.).

<sup>45</sup> FURNO (1940, pp. 31 ss.) sostiene la tesis de que las presunciones son un tipo de reglas de prueba legal. Aunque la tesis que defiende en el texto mantiene un cierto parecido con la de FURNO, se distinguen en un aspecto importante: yo no considero que todas las presunciones establezcan reglas de prueba legal, sino, más bien, que las reglas de prueba legal tienen la misma estructura que las presunciones.

parte, en las presunciones *iuris tantum* la inferencia que permitiría pasar de la afirmación del hecho base al hecho presumido admitiría excepciones, dado que estaría basada únicamente en la regularidad de la ocurrencia del hecho presumido en los supuestos en los que se da el hecho base. Por ello, esta presunción sólo llevaría implícita una ficción en los casos en los que esa regularidad no estuviera fundamentada en la experiencia común<sup>46</sup>.

Pues bien, si se interpretan las reglas de prueba legal como presunciones cabe entender que éstas tienen fuerza prescriptiva<sup>47</sup> o bien constitutiva<sup>48</sup>. En el primer caso, impondrían la obligación al juez de usar una determinada premisa en su razonamiento. En el segundo, constituirían un determinado resultado institucional. En ambos casos, esas consecuencias estarían supeditadas a la ocurrencia del hecho base de la presunción, que sí debería ser inexcusablemente probado en el proceso. De este modo, con independencia de la fuerza atribuible a las mismas, las reglas de prueba legal, así entendidas, atribuyen la consecuencia jurídica de que se presume que está probada una proposición *p* cuando resulte probada otra proposición *p'*. Esto es, que se presume que hay elementos de juicio suficientes a favor de *p* cuando haya elementos de juicio suficientes a favor de *p'* (ya sea de forma derrotable o no). Si esto es así, a diferencia de lo que han sostenido muchos autores, no estaría implicada necesariamente en las reglas de prueba legal la utilización de una noción de prueba

<sup>46</sup> No obstante, FULLER (1967, p. 42) advierte que si la regularidad de la ocurrencia conjunta de los dos hechos está efectivamente fundamentada en la experiencia común, la presunción establecida por el legislador no tiene demasiado sentido, puesto que, en cualquier caso, el juez ya habría realizado la misma inferencia sin necesidad de la presunción legal. En otros términos, si, como ha puesto de manifiesto ULLMANN-MARGALIT (1983, pp. 147-148), las reglas que establecen presunciones no afirman la ocurrencia de hecho alguno, sino que sirven para facilitar la toma de decisiones en el ámbito práctico en casos de incertidumbre, esa utilidad no se producirá si el juez ya hubiese tomado la misma decisión en ausencia de la presunción legal. En contra de que ésa sea la única función de las presunciones pueden verse GASCÓN, 1999, pp. 140 ss., y AGUILÓ, 1999, p. 654.

<sup>47</sup> Puede encontrarse esta tesis, por ejemplo, en WRÓBLEWSKI, 1974, pp. 43 ss.; GASCÓN, 1999, p. 145, o MENDONÇA, 2000, p. 220.

<sup>48</sup> Aunque con distinta terminología, pues los denomina enunciados cualificatorios, sostiene esta tesis HERNÁNDEZ MARÍN, 1998, pp. 287 ss. Sobre la relación entre las reglas constitutivas y los enunciados cualificatorios puede verse FERRER, 2000, pp. 109-110, especialmente nota 196. Una tesis mixta puede encontrarse también en AGUILÓ, 1999, p. 660, que atribuye fuerza prescriptiva a las presunciones *iuris tantum* y fuerza constitutiva a las presunciones *iuris et de iure*.

(o de proposición probada) distinta de la que se puede utilizar en el ámbito de la libre valoración de la prueba.

Otra cosa sucede, en cambio, con la fuerza de los enunciados declarativos de hechos probados. Tanto si las reglas legislativas de prueba legal se conciben como prescripciones dirigidas a los jueces y tribunales como si se conciben como reglas constitutivas, los enunciados declarativos de hechos probados que, en aplicación de esas reglas, incorpore el juez a su razonamiento deberán entenderse como la conclusión de un tipo de argumento subsuntivo en el que la premisa mayor es una prescripción o una regla constitutiva y la premisa menor es un enunciado descriptivo que declara probada la ocurrencia del hecho base de la presunción. La conclusión del argumento, entonces, expresa la declaración como probado de otro hecho y se incorpora como premisa al razonamiento de la decisión judicial. Ahora bien, debe advertirse que, a diferencia de la premisa menor del argumento, la conclusión no es más que la consecuencia jurídica imputada por una norma jurídica a la prueba de la ocurrencia del hecho base y, por ello, no es susceptible de verdad o falsedad. De este modo, la principal diferencia entre los enunciados declarativos de hechos probados incorporados por los jueces a sus razonamientos decisorios en el ámbito de la prueba legal, respecto de los incorporados en el ámbito de la libre valoración de la prueba, estribaría en la imposibilidad de atribuir valores de verdad a los primeros. Pueden entenderse así las críticas que el sistema de valoración legal de las pruebas ha suscitado entre quienes niegan las tesis escépticas en materia de prueba y postulan la verdad como finalidad de la actividad probatoria (*vid.*, por todos, TARUFFO, 1995b, p. 920). En efecto, el sistema de valoración legal de la prueba supone un claro impedimento para esa postulación, puesto que, tal como se ha dicho, en ese ámbito los enunciados declarativos de hechos probados no serían susceptibles de verdad o falsedad.

## 5. PRUEBA Y DEFINICIÓN DE LOS SUPUESTOS DE HECHO

No es necesario elaborar una argumentación detallada para mostrar que aquello que debe ser probado en juicio depende de los supuestos de hecho a los que las normas jurídicas atribuyen con-

secuencias jurídicas. De este modo, en el proceso deberá probarse la proposición que afirma la ocurrencia del hecho a los efectos de la aplicación de la consecuencia jurídica prevista por el Derecho.

Ahora bien, esos supuestos de hecho son definidos por las normas de formas muy distintas y vale la pena detenerse mínimamente en ello para aclarar el alcance de las tesis que he defendido en este capítulo acerca de la noción de prueba y de la fuerza de los enunciados declarativos de hechos probados.

Son muchas las clasificaciones posibles de los tipos de hechos que son establecidos por las normas como condiciones para la aplicación de las consecuencias jurídicas (*vid.*, por todos, TARUFFO, 1992, pp. 120 ss.). No obstante, a los efectos de este trabajo, resulta de particular importancia aquella que distingue entre los hechos definidos descriptivamente y los hechos definidos valorativamente (WRÓBLEWSKI, 1983, pp. 108 ss.). En el primer caso, la identificación del supuesto de hecho se realiza a través de datos empíricos, esto es, las características definitorias del supuesto de hecho en cuestión son exclusivamente empíricas. En el segundo caso, en cambio, se utilizan términos valorativos para definir el supuesto de hecho al que se vincula la consecuencia jurídica. Así sucede no sólo en las disposiciones que hacen referencia expresa a la moral o a las buenas costumbres, sino también, por ejemplo, a nociones como el daño grave, la justa causa, la conducta propia de un buen padre de familia, etc.

No presenta problemas para la concepción que se ha defendido en este capítulo el primer tipo de supuestos de hecho. En cambio, cuando el supuesto de hecho al que el Derecho vincula una consecuencia jurídica está definido total o parcialmente mediante términos valorativos, se presentan problemas importantes. En efecto, si se interpretan los enunciados del tipo "Está probado que  $p$ " en el sentido de "Hay elementos de juicio suficientes a favor de  $p$ ", el caso de los supuestos de hecho determinados valorativamente impone la necesidad de algún comentario. En ese tipo de enunciados,  $p$  es el nombre de una proposición que afirma la ocurrencia de un hecho. A su vez, los elementos de juicio a favor de  $p$  son elementos cognoscitivos, lo que permite adjudicar valores de verdad tanto a  $p$  como al enunciado metalingüístico que afirma la existencia en el expediente judicial de elementos de juicio suficientes a su favor. Ahora bien, si el supuesto de hecho genérico definido por la norma jurí-

dica está definido valorativamente, entonces lo que el juez deberá determinar para proceder a la aplicación de la consecuencia jurídica prevista es la ocurrencia de un hecho merecedor de la valoración prevista por la norma (GASCÓN, 1999, p. 78). Así, por ejemplo, en el supuesto típico del art. 1.255 del Código Civil, que condiciona la validez de las cláusulas contractuales a que éstas no sean contrarias a la moral, el juez deberá determinar que se da un caso de cláusula de contenido inmoral para poder aplicar la consecuencia de la invalidez. Así, *p* será, por ejemplo, “La cláusula *c* es contraria a la moral”. Esta proposición incluye dos aspectos: en primer lugar, hace referencia a la existencia de una cláusula (en un determinado contrato), lo que podrá ser objeto de prueba sin el mayor inconveniente. Por otra parte, califica valorativamente esa cláusula como contraria a la moral. Esto último hace que, para muchos autores, no sea posible atribuir valores de verdad a *p*<sup>49</sup> y que tampoco puedan aportarse elementos de juicio *cognoscitivos* a favor de la misma, sino únicamente argumentos de tipo valorativo o prescriptivo (BOBBIO, 1955, p. 284; FERRAJOLI, 1989, pp. 94 ss., y TARUFFO, 1992, p. 107). En consecuencia, tampoco “Está probado que *p*” sería susceptible, en esos casos, de verdad o falsedad y, en realidad, resultaría impropio hablar en ese contexto de “prueba” (al menos, en el sentido que aquí se ha defendido).

Ahora bien, creo que son convenientes dos matizaciones importantes a esta conclusión. En primer lugar, como ya se ha dicho, en muchos casos la definición valorativa del supuesto de hecho por parte de la norma jurídica no supone que queden indeterminados los hechos que deben probarse. Más bien se produce una definición del supuesto de hecho en dos partes: la primera identifica un hecho genérico y la segunda restringe la aplicación de la consecuencia jurídica a aquellos hechos subsumibles en el hecho genérico que merezcan una determinada valoración (definida mediante términos valorativos). Éste es el caso, por ejemplo, del daño grave. Esta disección en dos aspectos, uno empírico y otro valorativo, permite mantener

<sup>49</sup> En rigor, en ese supuesto, *p* ya no sería el nombre de una proposición, sino el de un juicio de valor (COMANDUCCI-GUASTINI, 1998, p. 183). Por supuesto, la consecuencia atribuida en el texto no se produce si se sostiene una teoría cognoscitivista en metaética, esto es, una teoría que considere que los juicios de valor son aptos para la verdad. No es éste el lugar de discutir la plausibilidad de una teoría de ese tipo, por lo que me limitaré a dejar sentada mi posición contraria a la misma.

un espacio para la prueba en esos supuestos (IGARTUA, 1998, pp. 275 ss.); de este modo, si el supuesto de hecho al que una determinada norma atribuye una consecuencia jurídica es la producción de un daño grave, será posible y necesaria la prueba de la producción del daño (y, en su caso, de su cuantía); una vez probada la ocurrencia del daño deberá plantearse la valoración del mismo como “grave” o no a los efectos de la aplicación de la consecuencia jurídica, pero esta valoración ya no forma parte de la prueba (GASCÓN, 1999, pp. 81 y 82).

En ocasiones, no obstante, la única identificación del supuesto de hecho que realiza una norma es valorativa, omitiendo cualquier referencia a una base empírica para la valoración. Esto no supone que en esos casos no haya margen para la prueba, sino más bien que está indeterminado el hecho que debe ser probado: en todo caso deberá probarse la ocurrencia de un hecho que merezca la valoración en cuestión, pero el Derecho deja indeterminado qué hechos merecen esa valoración (TARUFFO, 1992, p. 113, y GASCÓN, 1999, p. 79).

En segundo lugar, creo que la conclusión que excluye en todo caso que los enunciados que incluyen términos valorativos sean susceptibles de verdad o falsedad debe ser revisada. En mi opinión, esos enunciados pueden ser interpretados de dos formas muy distintas. La primera supone que quien formula el enunciado participa de la valoración realizada, esto es, usa el término valorativo para valorar un hecho. En ese caso, lo que se ha formulado es un juicio de valor<sup>50</sup> y no es susceptible en ningún caso de verdad o falsedad.

<sup>50</sup> La expresión “juicio de valor” ha sido utilizada por el Tribunal Supremo español de modo oscilante. En algunas ocasiones se utiliza para hacer referencia a la calificación como valiosa o no de una determinada acción. Éste es el sentido en el que utilizo la expresión en el texto y puede encontrarse, por ejemplo, en la STS de 15 de diciembre de 2000 (en la jurisdicción penal) o en la STS de 4 de abril de 2001 (en la jurisdicción civil). En otras ocasiones, en cambio, el Tribunal Supremo califica como juicio de valor al enunciado que afirma la existencia de una conexión causal entre dos eventos (*vid.* STS de 7 de septiembre de 2000, en la jurisdicción civil) o al enunciado que afirma la ocurrencia del denominado elemento subjetivo del delito, esto es, de un estado mental: «la conciencia, la voluntad o el propósito del agente respecto de lo que hace» (*vid.* SSTS de 14 de noviembre, 16 de mayo y 11 de febrero de 2000 y de 11 de noviembre de 1999, entre las más recientes, todas ellas en la jurisdicción penal). Ahora bien, como ha puesto de manifiesto ANDRÉS IBÁÑEZ (1993, pp. 230 y 237 ss.), éste es un uso claramente desviado de la expresión

Pero, también es posible una segunda interpretación, que supone que quien formula el enunciado califica el hecho mediante un término valorativo *en la forma en que éste es habitualmente usado*, lo que no supone en ningún caso que comparta esa valoración.

Recurriendo a una distinción introducida por HARE (1952, pp. 121 ss.), pueden clasificarse los conceptos valorativos en dos grandes grupos, a saber, los conceptos valorativos ligeros (*thin*) y los densos (*thick*). Los primeros son aquellos conceptos cuyo contenido se agota prácticamente en el elemento prescriptivo o valorativo. Es el caso, por ejemplo, de “bueno”, “malo”, “inmoral” o “correcto”. En cambio, aun en el caso en que se asuma una concepción metaética no-cognoscitivista, como yo mismo asumo, y que, por tanto, se sostenga que los juicios de valor no son susceptibles de verdad o falsedad, es posible atribuir un cierto contenido descriptivo a los conceptos morales densos. En efecto, estos últimos conceptos incluyen, más allá del contenido valorativo o prescriptivo, una parte informativa que los distingue de los anteriores. Así, por ejemplo, pueden mencionarse los casos de “obsceno”, “honesto”, “valiente”, etc. Ello hace posible, por ejemplo, que «la frase “La vida de la reina Isabel II no fue un ejemplo de castidad” tenga contenido informativo, aunque

“juicio de valor”, por cuanto con ella se pretende simplemente descartar la posibilidad de realizar un control de racionalidad sobre esas declaraciones de la existencia de nexos causales o de elementos subjetivos mentales e incluirlas en «una especie de arcano indescifrable e incontrolable, hasta convertirla casi en alguna clase de experiencia mística» (ANDRÉS IBÁÑEZ, 1993, p. 238). No cabe duda que no son posibles pruebas directas de los *hechos o estados mentales* y que deben utilizarse en esos casos razonamientos inductivos que permitan inferir su ocurrencia a partir de otros hechos no mentales, pero ello no supone que los enunciados que afirman su ocurrencia no sean susceptibles de verdad o falsedad y controlables racionalmente mediante los mecanismos típicos del razonamiento inductivo (GASCÓN, 1999, p. 78). En este último sentido se expresa también alguna sentencia reciente del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, en la STS de 26 de septiembre de 2001 (ponente: Perfecto Andrés Ibáñez) puede leerse lo siguiente: «ocurre que el juicio de valor es una calificación, la atribución de una cualidad, y, por tanto, como tal, la afirmación que lo contiene no es, en rigor, verdadera ni falsa y tampoco verificable mediante la prueba. En cambio, quien sostiene que una determinada acción se ha realizado con una intención también determinada, expresa el resultado de una inferencia inductiva en virtud de la cual tiene por cierta la existencia de un dato fáctico, en este caso una de las características específicas de esa acción» (debo a la amabilidad de Perfecto ANDRÉS la indicación de estas referencias jurisprudenciales). *Vid.* también, al respecto, TARUFFO, 1992, pp. 136 ss. Sobre la prueba del nexo causal puede verse, por todos, STELLA, 2001, pp. 301 ss.

el que la profiera o escuche no comparta la aprobación de determinados estándares rigurosos de moral sexual» (MORESO, 2001, p. 530).

De este modo, en mi opinión, es posible que el juez utilice en su determinación de los hechos probados términos valorativos incluidos por la norma jurídica aplicable en su definición del supuesto de hecho, sin que ello suponga la atribución de fuerza prescriptiva o normativa al enunciado probatorio. Tomemos como ejemplo la actual redacción del art. 185 del Código Penal español: «El que ejecutare o hiciere ejecutar a otros actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces será castigado con la pena de multa de tres a diez meses». En primer lugar, vale la pena destacar que la valoración de “obscena” se aplica a una determinada acción que puede identificarse descriptivamente (exhibición ante menores de edad...). Ahora bien, ¿es posible para un juez determinar que una acción es subsumible en el supuesto de hecho de la norma expresada por el art. 185 CP, sin compartir por ello la valoración a la que ésta hace referencia?, ¿es posible formular un enunciado descriptivo que califique como obscena una determinada acción a los efectos de la aplicación de la norma en cuestión? Si atendemos a lo dicho anteriormente respecto de los conceptos valorativos densos, creo que esto es perfectamente posible (*vid.* MORESO, 2001). En palabras de WILLIAMS (1995, p. 563), «parece difícil negar que puede haber conocimiento en el ámbito de los conceptos morales densos».

Ahora bien, ese conocimiento es necesariamente relativo a la comunidad lingüística, cultural y moral en la que la calificación se formula (WILLIAMS, 1995, p. 564). Por ello, el uso descriptivo de los conceptos valorativos densos hace referencia, en mi opinión, a la moral social imperante (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1989, pp. 315-316). Un juez podrá, por tanto, declarar probada la ocurrencia de un acto de exhibición ante menores de edad y calificarlo de obsceno de acuerdo con el uso común de ese término en el momento de emitir su decisión o en el momento en que el legislador dictó la norma aplicable. Y, en ese caso, declarar probado que se ha producido un acto de exhibición obscena no supone que el juez haya emitido juicio de valor alguno, no supone que él mismo valore positiva o negativamente la acción en cuestión.

En esos casos, la remisión a la moral social no es distinta de la remisión al uso social de cualquier otro término para determinar su significado<sup>51</sup>. Por supuesto, como ha señalado MORESO (2001, p. 531), los conceptos valorativos usados en la identificación de los supuestos de hecho sufren a menudo de un alto grado de vaguedad, de modo que en ocasiones resultará dudoso si una determinada acción merece una valoración (si una acción es o no calificable como obscena, por ejemplo). De todos modos, que los conceptos valorativos densos tengan contenido informativo presupone que, de acuerdo con el uso común del término, existan algunos casos paradigmáticos. Cuando el juez se encuentre ante un caso de este tipo, podrá formular enunciados probatorios con fuerza descriptiva y será aplicable el análisis realizado en este capítulo. Cuando el juez se encuentre ante un caso dudoso, en cambio, cabrá únicamente que resuelva la indeterminación del uso social del término mediante la aplicación de su propia concepción valorativa y en ese supuesto, claro está, formulará un genuino juicio de valor (un enunciado con fuerza normativa).

<sup>51</sup> Se estaría aún en el ámbito de la determinación convencionalista del significado, en este caso, de los términos valorativos o morales.

## CAPÍTULO II

### PRUEBA Y VERDAD

#### 1. DOS FORMAS DE ESTABLECER LA RELACIÓN

Si se quiere prestar atención a los numerosísimos matices con los que ha sido planteada la relación entre prueba y verdad se hace necesario elaborar un amplio elenco de posiciones teóricas, explícitas e implícitas. No obstante, quizás éste sea un esfuerzo poco productivo y, una vez terminado el elenco, pueda resultar que no se haya avanzado en absoluto en la clarificación de la relación entre esas nociones.

Por ello, me limitaré a exponer dos de las formas más habituales en las que se ha presentado esa relación, así como a analizar sus problemas y las críticas a las que han sido sometidas.

Para la primera de las tesis, que sostiene la existencia de una relación que puede denominarse conceptual, la verdad de una proposición es condición necesaria, pero no suficiente, para que pueda decirse que esa proposición está probada. Se trata de una tesis acerca del concepto de prueba, que ya ha sido analizada en el capítulo anterior, y que, de forma general, sostiene que una proposición está probada si es verdadera y hay elementos de juicio suficientes a su favor. Ésta ha sido clásicamente la concepción mayoritaria de la prueba judicial (cfr., por todos, BENTHAM, 1823, vol. I, p. 30, y BONNIER, 1869,

vol. I, pp. 5-6), pero se puede decir que hoy está en franca decadencia por las razones que se indicarán en el epígrafe siguiente <sup>1</sup>.

La segunda tesis, en cambio, sostiene que la relación existente entre prueba y verdad es más bien teleológica; esto es, no adjudica a la verdad ningún papel definitorio de la prueba, sino que la considera el objetivo último de la actividad probatoria (entre otros, CHIARLONI, 1987, pp. 505 ss., y FERRAJOLI, 1989, pp. 551 ss., 556). Lo que, de este modo, se sostiene es que la finalidad principal de la actividad probatoria es alcanzar el conocimiento de la verdad acerca de los hechos ocurridos y cuya descripción se convertirá en premisa del razonamiento decisorio (SUMMERS, 2000, pp. 285 ss.). Es importante advertir que el punto de vista que aquí resulta relevante es el del legislador o, si se prefiere, de la teoría del proceso y de la aplicación del derecho. Está claro, en cambio, que no puede presuponerse en absoluto que esa misma finalidad sea compartida por las partes del proceso o, incluso, por el propio juez o tribunal que debe tomar la decisión. Cabe destacar, por cierto, que esta distinción entre el propósito o la finalidad de la institución (probatoria, en este caso) y el propósito o finalidad de los sujetos intervinientes no es exclusiva de la prueba y tampoco del ámbito del Derecho. Así, por ejemplo, en el contexto de la filosofía de la ciencia VAN FRAASSEN (1980, p. 24) señala que «el propósito de la ciencia, por supuesto, no debe ser identificado con los motivos individuales de los científicos. El propósito del juego del ajedrez es dar jaque mate al oponente; pero el motivo para jugar puede ser la fama, el oro y la gloria».

Para finalizar este epígrafe, vale la pena señalar una diferencia entre las dos tesis presentadas que muchas veces se olvida: la primera de las tesis supone la vinculación entre la verdad y la prueba como resultado, esto es, plantea una determinada posición acerca de la posibilidad de que una proposición sobre un hecho esté probada y resulte, contemporáneamente, falsa. En cambio, la segunda de las tesis, plantea una relación entre la verdad y la prueba como actividad probatoria. Si no se percibe esta diferencia entre las dos tesis presentadas, cayendo en la trampa de la ambigüedad del término “prue-

<sup>1</sup> En cualquier caso, vale la pena señalar que, en mi opinión, esta tesis conceptual no es plausible; esto es, no creo que la verdad de una proposición deba considerarse como condición necesaria para que esta proposición pueda resultar probada. *Vid.* el epígrafe 3.C del capítulo anterior para una mayor argumentación de este rechazo.

ba”, se tiende a vincular ambas tesis, ya sea para sostenerlas ambas indistintamente, ya sea para rechazarlas. En particular, por lo que aquí importa, es importante percibir que los argumentos que se hacen necesarios para el rechazo o la defensa de una u otra de las tesis son claramente distintos.

## 2. PRUEBA Y LIMITACIONES PROCESALES

Quien pretenda adoptar una noción general de prueba para explicar la noción de prueba judicial (SENTÍS MELENDO, 1979, p. 10; DEVIS ECHANDÍA, 1981, pp. 9 ss.; TARUFFO-HAZARD, 1983, pp. 92 y 95, y TARUFFO, 1992, p. 351) deberá dar cuenta necesariamente de las especificidades que el Derecho y el proceso, como marco en el que se desarrolla la prueba, imponen a esta noción. En particular, puede considerarse que esas especificidades provienen principalmente de tres tipos de limitaciones que no existen en otros ámbitos de la experiencia, como las ciencias. Dichas limitaciones son, en primer lugar, las que impone el propio proceso judicial en cuanto tal; en segundo lugar, la institución de la cosa juzgada y, finalmente, las impuestas por las reglas sobre la prueba.

El primer tipo de limitaciones tiene que ver con el marco en el que se desarrolla la actividad probatoria y en el que el juez o tribunal tiene que decidir posteriormente acerca de los hechos probados. Ese marco, representado por el proceso judicial <sup>2</sup>, impone ciertos límites y peculiaridades a la prueba con independencia de las reglas específicas que cada ordenamiento establezca sobre ella. En particular, resulta de especial importancia el hecho de que la actividad probatoria deba circunscribirse en un lapso temporal determinado y que finalizada esa actividad probatoria el juez tenga que decidir sobre los hechos del caso a los que será de aplicación el Derecho (CELANO, 1995, p. 149, y SUMMERS, 2000, pp. 290-291). Además, en cualquier proceso judicial moderno existe la posibilidad para las partes de aportar medios de prueba a favor de la reconstrucción

<sup>2</sup> En realidad, puede decirse lo mismo de otros tipos de prueba jurídica no judicial, como la que se da en el procedimiento administrativo. No obstante, a los efectos de simplificar el discurso, se hará siempre referencia a la prueba judicial.

de los hechos que defiendan en el proceso<sup>3</sup>. En función de los distintos ordenamientos jurídicos y de las distintas jurisdicciones, esa posibilidad puede ser más amplia o más restringida. Puede reservarse únicamente a las partes o bien permitirse la intervención del juez ordenando la realización de pruebas no solicitadas por las partes, etc. Pero, en todo caso, con independencia de las reglas específicas al respecto, existe siempre la posibilidad para las partes de aportar medios de prueba al proceso o de determinar, a través de sus alegaciones, los hechos que deberán ser probados en el proceso (CHIARLONI, 1987, pp. 505 y 510 ss.). Pues bien, ese hecho es también de particular importancia, porque permite a las partes defender sus intereses, que no necesariamente coinciden con el descubrimiento de la verdad<sup>4</sup>, también a través de la manipulación del material probatorio: esto último puede realizarse directamente mediante la presentación de medios de prueba adulterados (por ejemplo, una declaración testifical falsa, etc.) o mediante la omisión de presentar medios de prueba que pudieran ser perjudiciales para los intereses subjetivos de la parte, pero que, en cambio, pudieran ser útiles para la determinación de la verdad sobre lo ocurrido<sup>5</sup>, etc.

La segunda limitación procesal que incide de un modo relevante sobre la relación entre prueba y verdad es la institución de la cosa juzgada. De forma muy rudimentaria, puede decirse que la función de esta institución es la de poner un límite a la discusión jurídica a través del proceso judicial. Es interesante advertir que ésta no es una limitación que venga impuesta por el propio marco procesal, como sí lo eran las anteriores. En este sentido, es perfectamente concebible un sistema judicial en el que todos o algunos casos puedan ser replanteados indefinidamente y las decisiones adoptadas en las

<sup>3</sup> Puede entenderse que esta posibilidad forma parte de la garantía del derecho de defensa en juicio. Al respecto, puede verse DAMAŠKA (1986, pp. 119 ss.). Vid. también, por todos, TARUFFO, 1984, pp. 75 ss., respecto de la doctrina italiana, y PICÓ I JUNOY, 1996, pp. 13 ss., respecto de la doctrina española. Vid. también FERRER (2002).

<sup>4</sup> FERRAJOLI (1989, p. 555) advierte, en ese sentido, que la búsqueda de la verdad ha de tener un carácter necesariamente desinteresado. Por ello, puede decirse que la intervención de las partes en el proceso (que sólo puede evitarse en un modelo inquisitivo puro) supone una limitación al objetivo de la obtención de la verdad sobre los hechos.

<sup>5</sup> En este punto, la posibilidad de que el juez ordene de oficio la práctica de pruebas no solicitadas por las partes puede contribuir a mitigar esa desvirtuación del material probatorio y, en ese sentido, a acercar la prueba judicial a la noción general de prueba.

sucesivas instancias puedan ser recurridas sin límite. Es más, un sistema como éste no es sólo concebible como hipótesis teórica, sino que puede encontrarse alguna experiencia histórica del mismo en la que se permitía el replanteamiento indefinido de distintos procesos con el mismo objeto procesal<sup>6</sup>.

Es conveniente distinguir dos sentidos en los que suele utilizarse la expresión “efecto de cosa juzgada”. Esos dos sentidos se identifican habitualmente mediante las denominaciones “cosa juzgada formal” y “cosa juzgada material”. La primera de ellas es la cualidad de ser inimpugnable atribuida a una resolución judicial por el ordenamiento jurídico, que en ocasiones también es denominada firmeza<sup>7</sup>. Esa inimpugnabilidad puede producirse por dos motivos, a saber: puede tratarse de una resolución frente a la que el ordenamiento no admita recurso alguno o bien puede suceder que las partes hayan dejado transcurrir los plazos para la presentación del pertinente recurso sin hacerlo.

En sentido material, en cambio, la cosa juzgada tiene que ver con los efectos que un determinado tipo de resolución judicial, la sentencia, produce respecto de otros procesos. Por un lado, excluye la posibilidad de que se adopte una decisión futura entre las mismas partes y sobre el mismo objeto (art. 222.1 LEC). Por otro, en su aspecto positivo, la cosa juzgada material «es el efecto vinculante para un proceso ulterior de la sentencia firme dictada en uno anterior sobre una situación o relación jurídica que —sin ser la misma que se somete de nuevo a consideración judicial— condiciona la situación o relación jurídica que se hace valer en el nuevo proceso» (TAPIA, 2000, pp. 207-208; art. 222.4 LEC).

<sup>6</sup> Es ya muy indicativo el nombre que recibían esos procesos: *lites immortales*. Al respecto puede verse GIULIANI, 1988, pp. 527 ss. También en la Unión Soviética, durante un largo período después de la revolución, se consideró que toda sentencia, civil o penal, podía ser revisada sin límite temporal predeterminado. Es más, los obstáculos a la posibilidad de revisar una decisión judicial hasta obtener una solución acertada, en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho, se consideraban un formalismo burgués inaceptable. Vid., al respecto, DAMAŠKA, 1986, p. 179. En contra de esta caracterización de la cosa juzgada, considerándola como una institución “ínsita en la propia función jurisdiccional” se manifiesta TAPIA, 2000, p. 135.

<sup>7</sup> MONTERO AROCA, con buen criterio, propone usar esa denominación de *firmeza* para este primer sentido y reservar la expresión *cosa juzgada* para el sentido material, de modo que se eviten confusiones terminológicas. Cfr. MONTERO AROCA, 1995, pp. 72 ss. No obstante, la LEC ha asumido las denominaciones cosa juzgada formal y material en sus arts. 207 y 222.

En cualquier caso, conviene matizar tres puntos importantes: la institución de la cosa juzgada no impide siempre replantear la discusión sobre los hechos (CHIARLONI, 1987, p. 514), su alcance va más allá de la determinación de los hechos y, finalmente, no es la única limitación a la posibilidad de replantear la discusión acerca de los hechos probados en el marco del proceso judicial. Así, en primer lugar, en algunos casos es posible reabrir la cuestión de la determinación de los hechos probados de un caso, incluso cuando sobre el mismo ha recaído ya sentencia firme. Obviamente, esto es dependiente de la regulación jurídica contenida en cada ordenamiento, pero es habitual, por ejemplo, que se permita la revisión de una sentencia firme cuando se disponga de nuevas pruebas que puedan demostrar la inocencia de una persona condenada penalmente. En segundo lugar, está claro que la cosa juzgada tiene un alcance más amplio que el de la determinación de los hechos probados: no se aplica sólo a los aspectos referentes a la determinación de los hechos del caso, sino también, y hasta principalmente, a la decisión acerca de la interpretación y la aplicación del Derecho a esos hechos. Finalmente, en muchos ordenamientos es habitual que se limite de diversos modos la posibilidad de replantear en segunda y sucesivas instancias la discusión acerca de los hechos probados del caso en nombre del principio de inmediación<sup>8</sup>. De forma aproximativa, lo que se sostiene es que el sujeto mejor situado epistemológicamente para valorar las distintas pruebas aportadas al proceso, por separado y también conjuntamente, es aquel que ha presenciado directamente su práctica, de modo que esto supondría un límite a las posibilidades de revisión de la declaración de hechos probados realizada por ese juez o tribunal por parte de otros superiores.

La tercera limitación a las posibilidades de conocer la verdad acerca de (las proposiciones sobre) los hechos en el proceso judicial viene representada por la existencia en todos los ordenamientos jurídicos modernos de una apreciable cantidad de reglas jurídicas sobre la prueba. En este sentido, como se ha mostrado en el capítulo precedente<sup>9</sup>, son muchos los autores que han sostenido que la existencia

<sup>8</sup> El alcance que debe darse al principio de inmediación no está claro en absoluto y, en muchos casos, una interpretación extraordinariamente laxa del mismo ha sido el subterfugio para la adopción de concepciones altamente irracionalistas de la prueba, limitando el alcance del deber de motivación e impidiendo un verdadero control posterior de la decisión. *Vid.*, por todos, ANDRÉS IBÁÑEZ, 1992, pp. 295 ss., y 2002, pp. 4 ss.

<sup>9</sup> Epígrafes 4 y 4.A.

de esas reglas limita o impide directamente que se pueda defender una vinculación más o menos estrecha entre los conceptos de prueba jurídica y verdad. No obstante, parece imprescindible realizar un análisis más detallado de los distintos tipos de reglas procesales sobre la prueba y de su incidencia en aquella relación con la finalidad de no aventurarse en la defensa de tesis generales que no estén fundamentadas en todos los casos.

A ese efecto, he distinguido entre tres tipos de reglas sobre la prueba: reglas sobre la actividad probatoria, sobre los medios probatorios y sobre el resultado probatorio. Como he intentado mostrar en el capítulo anterior, los dos primeros tipos de reglas sobre la prueba no suponen un impedimento para que pueda atribuirse valor de verdad a los enunciados declarativos de hechos probados<sup>10</sup>. En cambio, en el caso del tercer tipo de reglas, la respuesta no puede ser tan simple. En efecto, en ese tipo de reglas cabe distinguir las denominadas reglas de prueba legal y las reglas que establecen el principio de libre apreciación de la prueba. Una buena forma de interpretar lo que establecen estas últimas reglas es la de considerar que prescriben al órgano juzgador que evalúe el material probatorio aportado al proceso de acuerdo con las reglas de la racionalidad general. En ese caso, las únicas limitaciones jurídicas vienen impuestas por el contexto procesal dentro del cual se delimitan los elementos de prueba que posteriormente deben ser individual y conjuntamente valorados por el juez. En cambio, en el caso de las reglas de prueba legal, como ya he sostenido, se hace abstracción de la racionalidad de la decisión en el caso concreto y se adjudica un determinado resultado probatorio a un medio genérico de prueba<sup>11</sup>. De este

<sup>10</sup> Es decir, no impiden que esos enunciados sean susceptibles de verdad o falsedad. Otra cosa es que, por supuesto, pueden incidir aumentando o disminuyendo las posibilidades de que el enunciado que se declare probado resulte finalmente verdadero, esto es, que se corresponda con los hechos realmente ocurridos. En este sentido, GASCÓN habla, muy elocuentemente, de reglas epistemológicas y reglas contraepistemológicas, en función de si colaboran o entorpecen en la tarea del descubrimiento de la verdad. *Vid.* GASCÓN, 1999, pp. 115 y 125 ss.

<sup>11</sup> No se excluye, sin embargo, que pueda atribuirse racionalidad a la decisión general del legislador de atribuir un específico valor probatorio a un determinado medio genérico de prueba. En todo caso, las razones para negar esa racionalidad deberán ser distintas de las que sirven para juzgar la racionalidad de la decisión en el caso concreto. Para una fundada opinión negativa respecto de la racionalidad de la institución de la prueba legal, puede verse TARUFFO, 1992, pp. 361 ss., especialmente

modo, puede considerarse que tanto esas reglas como los enunciados que fijan los hechos probados en aplicación de aquéllas al caso concreto son supuestos de reglas constitutivas (generales y aplicadas, respectivamente). Siendo así, no es posible atribuirles valores de verdad.

Una vez presentadas las distintas limitaciones procesales a la posibilidad de alcanzar una determinación verdadera de los hechos en el proceso judicial, conviene recapitular y volver por un momento a las dos formas principales en las que se ha planteado la relación entre prueba y verdad: la relación conceptual y la teleológica. Ahora es posible ya analizar la plausibilidad de esas relaciones a la luz de las limitaciones presentadas. Para ello, no obstante, presentaré en primer lugar algunas de las tesis mediante las que se han negado aquellas relaciones.

### 3. VERDAD MATERIAL VS. VERDAD FORMAL

Las distintas limitaciones procesales, y no procesales (como los intereses de las partes) que pueden interferir en la determinación de la verdad de los enunciados declarativos de hechos probados, producen que en algunas ocasiones se declaren probados enunciados falsos. Siendo así, se ha planteado la necesidad de dar cuenta de alguna forma de los casos en que el normal discurrir del proceso conduce, por una u otra de las razones estudiadas, a la declaración de hechos probados que se apartan de lo realmente ocurrido.

Ante esa exigencia, parecen presentarse dos alternativas excluyentes y exhaustivas: o bien se abandona la definición de la prueba en términos de verdad, esto es, la relación conceptual entre ambas nociones, o bien se sostiene que en los casos en los que se declara probado un enunciado acerca de los hechos que resulta falso, en realidad, no está probado.

No obstante, la doctrina alemana de finales del siglo XIX (cfr., por ejemplo, VON CANSTEIN, 1880, pp. 306 ss.; WACH, 1881, pp. 203 ss., y BULOW, 1899, pp. 299 ss.), y con ella buena parte de la doctrina

374. En sentido contrario, en cambio, MONTERO AROCA, 2000, pp. 53 ss., y 2001, pp. 138-139.

y de la jurisprudencia europeas hasta nuestros días, intentó escapar del dilema anterior mediante la postulación de la distinción entre dos tipos de verdades, material y procesal. La primera también ha sido denominada mediante los calificativos de “objetiva”, “real”, etc. La segunda, por su parte, también ha recibido las denominaciones de “formal”, “judicial”, “forense”, etc.

La verdad material es aquella de la que se habla fuera del proceso judicial. Por ello, también puede hacerse referencia a la misma mediante la denominación de verdad *tout court*, sin más calificativos. No está claro cuáles son las condiciones de verdad, en este sentido, en las que estaban pensando los teóricos que propusieron la distinción, pero es plausible sostener que la verdad (material) de un enunciado depende de su correspondencia con el mundo: de la ocurrencia de los hechos cuya existencia se afirme o de la no-ocurrencia de los hechos cuya existencia se niegue. Ésta es, precisamente, la verdad que se cree inalcanzable, al menos en muchas ocasiones, en el proceso judicial.

La verdad formal, en cambio, es aquella que se obtiene en el proceso como resultado de la actividad probatoria. Dicha verdad formal puede coincidir o no con la material (aunque a menudo se admite que es deseable que lo haga), pero sería aquélla la que gozaría de autoridad jurídica. Con independencia de la coincidencia con los hechos realmente ocurridos, se atribuye la calificación de verdadera formalmente a la declaración de hechos probados realizada por el juez o tribunal en la sentencia. Esa declaración puede ser revocada y sustituida por otra por parte de un tribunal superior, pero una vez que la sentencia adquiere firmeza es “la única verdad” que interesa al Derecho. De este modo, la declaración de hechos probados realizada por el juzgador deviene verdadera (en sentido formal) por el solo hecho de ser pronunciada por el órgano judicial. Aunque nada se dice al respecto por parte de los defensores de la distinción, parece claro, de ese modo, que la declaración de hechos probados adquiere fuerza constitutiva.

Ello no quiere decir, sin embargo, que el juzgador disponga de total discrecionalidad para determinar los hechos probados, o que pueda hacerlo a su libre arbitrio (sí parece suponerlo, en cambio, NIETO, 2000, pp. 248-249). Es más, podría incluso suceder que el juez o tribunal tuviera la obligación jurídica de intentar descubrir

los hechos realmente acaecidos, esto es, la verdad material. En cualquier caso, puede haber también normas que impongan determinados resultados probatorios ante la presencia de determinados medios de prueba, etc. La violación de esas obligaciones puede ser el motivo de pertinentes recursos y de la revocación de la decisión judicial por parte de un órgano superior. No obstante, la distinción entre verdad material y verdad formal pone el acento en la autoridad que se confiere a la declaración de hechos probados realizada por el juzgador y en la irrelevancia jurídica de la verdad material una vez resuelto el caso.

Sin embargo, en muchas ocasiones se pretende decir algo más al sostener la distinción. Así, ha sido muy habitual que se sostenga que es un objetivo del proceso penal el descubrimiento de la “verdad material sobre los hechos”, mientras que en el proceso civil ése no sería un objetivo institucional, conformándose con la “verdad formal”. Esto sería debido a la vigencia en el proceso civil del principio dispositivo y a la presencia de un buen número de reglas de prueba legal, a diferencia de lo que ocurriría en el caso del proceso penal. Así, cuando se sostiene una tesis como ésta, no sólo se niega que *de hecho* se produzca en el proceso civil una disociación entre los hechos declarados probados y aquellos realmente ocurridos. Se afirma, además, que no es un objetivo del proceso civil, a diferencia del proceso penal, el descubrimiento de la verdad material (JIMÉNEZ ASEÑO, s. f., p. 404.; QUINTANO RIPOLLÉS, 1960, p. 243; ARAZI, 1986, pp. 30 ss., y VERDE, 1990, p. 467).

Es importante destacar en este punto, sin embargo, que la diferencia entre las limitaciones al “descubrimiento” de la verdad en el proceso civil y penal es claramente contingente, es dependiente de la regulación procesal de cada ordenamiento jurídico y, además, es una diferencia de grado. Puede verse, en efecto, que una parte de las limitaciones analizadas en el epígrafe anterior están presentes también en el proceso penal. Es más, el primer tipo de limitaciones, características del marco constituido por el propio proceso, estarían presentes en cualquier tipo de proceso y, si la caracterización es correcta, con independencia de la regulación de cada ordenamiento.

### A. El rechazo de la distinción

Ya en la primera mitad del siglo xx se alzaron importantes voces doctrinales para rechazar explícita y claramente la distinción entre diversos tipos de verdad. Desde entonces, ese rechazo se ha convertido en ampliamente mayoritario, aunque pueden encontrarse sin excesivo esfuerzo aún actualmente referencias a la misma tanto en la doctrina como en la jurisprudencia<sup>12</sup>.

Uno de los autores que ha ejercido mayor influencia para la extensión del abandono de la distinción entre verdad material y verdad formal es CARNELUTTI. Bastarán algunas citas del autor italiano para mostrar claramente su pensamiento al respecto. Así, advierte que la noción de verdad formal

«[...] no es más que una metáfora, sin lugar a dudas; en realidad, es fácil observar que la verdad no puede ser más que una, de forma que la verdad formal o jurídica o bien coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o diverge de ella, y no es más que una no-verdad [...]» (CARNELUTTI, 1947, pp. 29-30).

Y más adelante señala también, en una frase que ha sido citada insistentemente por buena parte de la doctrina española e italiana, que

<sup>12</sup> En el mismo sentido, MONTERO AROCA, 2000, p. 26, y 2001, p. 112. Véanse, por ejemplo, ALMAGRO NOSETE, CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, 1992, vol. I, p. 412, y vol. II, p. 443; NIETO (2000, pp. 248 ss.), por su parte, realiza una defensa muy clara, aunque a mi entender no convincente, de la vigencia de la distinción entre tipos de verdad. *Vid.* también, entre otras muchas, las SSTS de 5 de noviembre de 1996, de 22 de abril de 1994 y de 15 de marzo de 1989. En particular, la jurisprudencia española suele hacer referencia a la necesidad de determinar la verdad material en el proceso penal. En ese sentido, *vid.*, por ejemplo, las SSTS de 6 de octubre de 1988 (en materia civil, en la que se afirma que no cabe exigir en la jurisdicción civil, por diferencia de la penal o la social, la especificación en la sentencia de los hechos probados, puesto que en materia civil operaría la verdad formal y se apreciarían las pruebas según conciencia), de 8 de mayo de 2000 y de 18 de octubre de 1985 (ambas en materia penal). En sentido contrario, en cambio, URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO (2000, p. 29) sostienen que «la meta del proceso penal es la “obtención formalizada de la verdad” que puede coincidir o no con la real o material, pero que es, sobre todo, la obtenida por vía formal, es decir, la verdad forense».

«la verdad es como el agua: o es pura o no es verdad» (CARNELUTTI, 1947, p. 34).

En los términos dilemáticos que he planteado, la relación entre prueba y verdad al inicio del epígrafe anterior, las claras observaciones de CARNELUTTI contra la distinción entre verdad material y verdad formal pueden entenderse bien. Así, lo que el procesalista italiano plantea es que esa distinción no es más que una falsa salida al dilema. Sigue quedando en pie el dilema del mismo modo en que se presentó: o bien se abandona la relación conceptual entre prueba y verdad, esto es, no se define la prueba en términos de verdad de los enunciados, o bien se sostiene que es imposible conceptualmente probar un enunciado falso. En este último caso, cuando se declara probado un enunciado de ese tipo, habrá que decir necesariamente que se ha cometido un error y que el enunciado no está realmente probado. Otra cosa será, por supuesto, que la decisión tenga autoridad jurídica y que, en función del caso, sea incluso irrecorrible.

Como se verá más adelante, no obstante, la alternativa que propone CARNELUTTI representa un paso adelante sólo terminológico respecto de la distinción que él mismo rechaza. No pretendo minusvalorar su aportación con ello, sino únicamente advertir que su trabajo supone principalmente un aporte de claridad conceptual para el problema analizado, pero no una solución teórica sustancialmente distinta.

## B. Problemas pendientes: las alternativas

Apoyándose en las palabras de CARNELUTTI, o en reflexiones análogas, y en las limitaciones procesales a la búsqueda de la verdad que se han presentado anteriormente, buena parte de la doctrina procesalista ha optado por el primer cuerno del dilema, esto es, el abandono de la relación conceptual entre prueba y verdad.

En muchas ocasiones, además, ese abandono se vincula, o se confunde, con el abandono adicional de la relación teleológica<sup>13</sup>. En

<sup>13</sup> Más que un abandono de ambas tesis se produce una confusión entre ellas, por ejemplo, en MIRANDA ESTRAMPES, 1997, pp. 36-37.

esa última línea pueden verse las observaciones de dos importantes procesalistas españoles, quienes sostienen que:

«Lo lógico hubiera sido abandonar para siempre el concepto de verdad como fin de la prueba jurídica y buscar por otros senderos el hallazgo de la solución» (SERRA DOMÍNGUEZ, 1962, p. 357).

«Tradicionalmente la función de la prueba ha venido refiriéndose al descubrimiento de la verdad, dándose así origen a otro mito en materia de prueba [...]» (MONTERO AROCA, 2000, p. 23; también *id.*, 2001, p. 108).

Aunque las diferencias entre las distintas alternativas no están claramente delineadas, un trabajo reciente de MONTERO AROCA (2000, pp. 26 ss., y 2001, pp. 112 ss.) puede servir como guía para presentar las diversas opciones teóricas presentes en la doctrina actual acerca de la relación prueba-verdad. Así, ese autor identifica tres grandes tesis, a saber:

A) Prueba como fijación de los hechos: Se sostiene que la finalidad de la prueba es la fijación formal de los hechos por parte del juez, con independencia de su relación con lo ocurrido. Ésta es la tesis defendida por CARNELUTTI y ha conseguido un buen número de seguidores. En palabras del autor italiano:

«[...] el proceso de búsqueda sujeto a normas jurídicas, que restringen y deforman su pureza lógica, no puede ser sinceramente considerado como un medio para el conocimiento de la verdad de los hechos, sino como una *fijación o determinación de los propios hechos*, que puede coincidir o no con la verdad de los mismos y es absolutamente independiente de ello» (CARNELUTTI, 1947, p. 30. Las cursivas son del autor).

En este punto, vale la pena observar que, como ya ha sido mencionado anteriormente, no hay una diferencia sustancial entre esta tesis y la que está subyacente a la noción de verdad formal. En otras palabras, tanto la vinculación de la prueba jurídica a la fijación formal de los hechos como la vinculación a la noción de verdad formal suponen su desvinculación de la verdad *tout court* y, lo que es más importante, una versión no racional de la prueba de acuerdo con la cual

está probado aquello que el juez o tribunal declara probado<sup>14</sup>. Por otra parte, aunque es una consecuencia de lo anterior, en ambos casos se produce una confusión entre la atribución de efectos jurídicos, de autoridad, a una decisión judicial y su corrección, incluso jurídica. Se confunde, en fin, la infalibilidad con el carácter jurídico definitivo o no de la decisión<sup>15</sup>.

B) Prueba como convicción del juez acerca de los hechos: Según esta tesis, «la prueba es el conjunto de operaciones por medio de las que se trata de obtener el convencimiento del juez respecto de unos datos procesales determinados» (MONTERO AROCA, 2000, p. 27, y 2001, pp. 113-114; *vid.* también SERRA DOMÍNGUEZ, 1962, p. 356). Ésta parece ser la doctrina mayoritaria en el ámbito de la dogmática procesal<sup>16</sup>. Así, para CABAÑAS (1992, p. 21),

«[...] la palabra “prueba” identifica [...], en su mejor acepción técnica y pura, al ya referido estado psicológico de convencimiento del juez

<sup>14</sup> En realidad, puede plantearse la distinción entre verdad formal y material de otra forma. Así, puede decirse que el objetivo (o uno de los objetivos) de cualquier tipo de proceso judicial es la determinación de los hechos de acuerdo a la verdad material, esto es, que los enunciados fácticos incorporados al razonamiento de la decisión judicial se correspondan con el mundo. Por su parte, puede denominarse verdad formal a la declaración judicial de hechos probados. Puede añadirse también que es importante que esta verdad formal coincida con la material, aun reconociendo que ello no es siempre así. La divergencia entre los dos tipos de verdades, o entre lo que ha ocurrido en el mundo y lo que se declara en el proceso puede deberse a cualquiera de las limitaciones procesales que han sido expuestas en éste y en el anterior capítulo (así plantea la distinción, por ejemplo, SUMMERS, 2000, pp. 286 ss.). De este modo, si se mantiene que el objetivo del proceso es la determinación de los hechos de acuerdo con la verdad material, no se produce el problema de la infalibilidad ni se cae en una versión constitutivista de la declaración de hechos probados: podrá decirse siempre que aquello que es verdadero formalmente (que ha sido declarado verdadero en el proceso) no se corresponde, como debería, con la verdad material. En cambio, queda una crítica, si se quiere terminológica: no se entiende bien la razón por la que vale la pena seguir llamando *verdad* formal a la declaración de hechos probados realizada por el juez en su decisión y no simplemente prueba, distinguiendo así entre prueba y verdad y no entre distintas verdades.

<sup>15</sup> Al respecto, puede verse lo dicho ya en el apartado 2.A del capítulo primero. En el mismo sentido, ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1989, p. 311, para quienes resulta plausible decir que la verdad procesal «es el *final*, en el sentido de que pone fin a la controversia (ipero poner fin a la discusión sobre la verdad no hace verdadero el enunciado!)».

<sup>16</sup> Así lo muestra, por ejemplo, MIRANDA ESTRAMPES (1997, pp. 45 ss.), con amplias referencias a las doctrinas española, italiana, alemana y latinoamericana.

sobre la veracidad de todos o algunos de los hechos alegados por las partes. En efecto, una afirmación de hecho no estará «probada» aunque se utilice en tiempo y forma oportunos alguno de los instrumentos previstos por la legislación, si finalmente tal actividad no excita en el juez la certidumbre de la realidad física del acontecimiento descrito en esa afirmación» (la cursiva es del autor).

También en este caso, son de aplicación las críticas realizadas a la concepción anterior respecto de la confusión entre el carácter jurídico, incluso definitivo, de una resolución y su infalibilidad. En efecto, si se sostiene que la finalidad de la prueba como actividad es alcanzar la convicción del juzgador acerca de los hechos, esta finalidad se verá satisfecha con independencia del sentido en que se produzca aquella convicción, de si es acorde o no con los hechos realmente acaecidos e incluso de si es o no la conclusión que cabía obtener a la luz de los elementos probatorios presentes en el expediente judicial.

Por otra parte, si se concibe la noción de hecho probado (esto es, la prueba como resultado probatorio) de forma equivalente, cabe decir que un hecho está probado cuando el juez se ha convencido de su ocurrencia. En ese caso, tampoco se deja ningún espacio para el error: si el juez alcanza la convicción, el hecho está probado. En caso contrario, no lo está. Y ello depende únicamente del aspecto subjetivo psicológico del juez, que nadie más que él puede determinar, conduciendo necesariamente a una concepción irracional de la prueba<sup>17</sup>. Un órgano superior, en cualquier caso, sólo podrá revocar la decisión del órgano superior alegando que ha llegado a una convicción diferente y que su convicción “vale más” por efecto de la jerarquía entre órganos.

Finalmente, la concepción analizada conlleva un problema añadido. Así, se confunde la noción de prueba con la actitud propo-

<sup>17</sup> En algunos casos, esta consecuencia pretende evitarse afirmando que el juez tiene ineludiblemente el deber de motivar su decisión y que ello permite evitar las resoluciones arbitrarias. En mi opinión, en cambio, una concepción de la prueba que se vincule con la convicción psicológica es incompatible con una concepción fuerte de la motivación (justificación) de las resoluciones (TARUFFO, 1975, pp. 107 ss., y 1992, p. 376). Por ello, no es de extrañar que se acabe reduciendo la motivación a una explicación (no justificación) de los pasos o los datos que han llevado a la convicción en cuestión (IGARTUA, 1998, pp. 288-289).

sional del juez acerca de los enunciados que se declaran probados<sup>18</sup>. Y se vincula, además, la prueba con la creencia (la convicción), de modo que no se puede dar cuenta de un importante número de casos, en los que por razones muy diversas el juez se ve obligado a declarar hechos probados con independencia (y hasta en contra) de sus creencias acerca de los hechos del caso<sup>19</sup>.

C) Prueba como certeza del juez acerca de los hechos: Según la caracterización que MONTERO AROCA (2000, p. 29, y 2001, p. 116) realiza de esta tesis prueba, es

«la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes».

No está claro, en mi opinión, cuáles son los límites entre la noción de convicción y la de certeza en este contexto<sup>20</sup>. En cualquier caso, parece que también la noción de certeza tendría un carácter eminentemente subjetivo, de modo que se presentarían de nuevo los mismos problemas señalados para las concepciones anteriores<sup>21</sup>.

Si se procede a recapitular lo dicho acerca de las tres alternativas que se acaban de presentar como finalidades de la prueba, puede observarse que todas ellas presentan respecto de la distinción entre verdad material y verdad formal la ventaja de la claridad conceptual, al no necesitar multiplicar las nociones de verdad. En cambio, tampoco están ellas mismas bien delimitadas y no quedan claros los márgenes entre una y otra concepción. Por último, y lo más importante, todas ellas comparten con la noción de verdad formal que son depen-

<sup>18</sup> Este punto será desarrollado en el capítulo siguiente.

<sup>19</sup> También este aspecto será desarrollado en el capítulo siguiente, al analizar la concepción que vincula la prueba con la creencia del juez. Por el momento, vale la pena añadir únicamente que, como señala MONTERO AROCA (2000, pp. 27 s.), los autores que sostienen esta concepción suelen criticar la existencia de reglas de prueba legal, precisamente, porque estas reglas atribuyen resultados probatorios con independencia de la convicción o la creencia del juez al respecto.

<sup>20</sup> En efecto, algunos autores asimilan directamente las dos concepciones. Así, por ejemplo, LIEBMAN, 1980, p. 275, y DE SANTO, 1991, p. 289. Este último, además, asimila tanto la noción de convicción como la de certeza a la de creencia. MIRANDA ESTRAMPES (1997, p. 57), finalmente, asimila las nociones de certeza y de creencia.

<sup>21</sup> MONTERO AROCA (2000, p. 29) distingue, no obstante, dos tipos de certeza. La primera se derivaría del convencimiento psicológico del juez (para los casos de libre valoración de la prueba) y la segunda sería de tipo "objetivo", impuesta por el legislador como resultado de un medio de prueba (para los casos de prueba legal).

dientes de la propia decisión judicial, de forma que no se presenta por parte de ninguna de ellas un parámetro externo a la propia decisión del juez sobre los hechos que permita evaluar la corrección de la misma. Por ello, así delineadas, desembocan necesariamente en una concepción irracional de la prueba jurídica.

#### 4. DE NUEVO SOBRE LAS RELACIONES CONCEPTUAL Y TELEOLÓGICA ENTRE PRUEBA Y VERDAD

Si se acepta, como creo que debe hacerse, el carácter relacional de los enunciados probatorios (del tipo "Está probado que *p*") respecto de los elementos de juicio (los medios de prueba) presentes en el expediente judicial, puede ya ponerse en tela de juicio la relación conceptual entre prueba y verdad. Esto es, aquella que consiste en postular a la verdad de un enunciado como condición necesaria para que pueda decirse que ha quedado probado. Así, el primer obstáculo para mantener esa relación viene impuesto porque la prueba de un enunciado es relacional a los elementos de juicio que se tengan a disposición, mientras que la verdad del enunciado no tiene ese carácter en absoluto.

No obstante, este único inconveniente no permite rechazar sin más la relación conceptual entre prueba y verdad. La razón es muy simple: podría aún sostenerse que sólo puede decirse que hay elementos suficientes en favor de *p* cuando esos elementos demuestren la verdad de *p*. En ese caso se mantendría incólume la relación conceptual.

En cambio, creo que hay buenas razones para rechazar esa relación. La principal es que no se corresponde con los usos de los juristas y tampoco con las exigencias de los ordenamientos jurídicos positivos. En efecto, es perfectamente compatible la verdad del enunciado probatorio "Está probado que *p*" con la falsedad de *p*<sup>22</sup>. Por ello, resulta significativo un enunciado del tipo "En el proceso quedó probado que Juan era el padre de Pedro; en cambio, nuevas pruebas genéticas han demostrado que no lo es". Para que pueda decirse que una proposición está probada es necesario y suficiente

<sup>22</sup> He defendido esta tesis en el epígrafe 3.C del capítulo anterior y, por ello, no me extenderé aquí en ello.

que se disponga de elementos de juicio suficientes en su favor, que hagan aceptable esa proposición como descripción de los hechos del caso. Otra cosa será cuáles son las condiciones para esa aceptabilidad, pero por el momento bastará con decir que la exigencia es menor que la verdad.

Por otra parte, las distintas limitaciones procesales a la búsqueda de la verdad en el proceso permiten decir, como ha puesto de manifiesto la mayoría de especialistas, que en buena parte de los casos en los que consideramos probadas proposiciones acerca de hechos no es posible decir que la proposición probada sea verdadera. Es más, en algunas ocasiones, aunque conozcamos la falsedad de la proposición en cuestión es perfectamente posible decir que la proposición está probada (si, teniendo en cuenta únicamente los elementos de juicio presentes en el expediente, se considera que éstos son suficientes para aceptarla como verdadera o el Derecho obliga a ello).

Queda por evaluar la plausibilidad de sostener la relación teleológica entre prueba y verdad. Como ya se ha visto en el epígrafe anterior, una parte importante de la doctrina procesalista niega que la finalidad de la prueba sea alcanzar el conocimiento de la verdad acerca de los hechos. Como alternativa, se plantean tesis como las de la convicción judicial, quizás mayoritaria, la certeza y hasta la probabilidad. Antes de ofrecer una respuesta positiva, valdrá la pena analizar críticamente las alternativas. Para ello, creo que puede ser útil recordar qué es lo que se prueba en un proceso.

No es extraño encontrar en la doctrina y en la jurisprudencia la tesis de que lo que se prueba en el proceso son los hechos. Algunas veces ello obedece a razones de simplicidad expositiva (como puede ser el caso en algunas de las ocurrencias en este mismo trabajo), en otras es exactamente eso lo que se quiere decir. Sin embargo, ésta es una mala forma de plantear el problema. Los hechos no pueden ser probados en sí mismos. Como pone de manifiesto un ilustrativo ejemplo de SERRA DOMÍNGUEZ (1962, p. 359), no puede probarse una mesa ni un contrato ni una obligación. Lo único que puede probarse es el enunciado que afirma la existencia de una mesa en mi despacho, no la mesa misma. Del mismo modo, puede probarse el enunciado que afirma (o niega) la firma de un contrato, etc. En el proceso, por tanto, deberán probarse los enunciados sobre los

hechos formulados por las partes<sup>23</sup> (en ese sentido, por ejemplo, CARNELUTTI, 1947, p. 55; SENTÍS MELENDO, 1979, p. 158; ANDRÉS IBÁÑEZ, 1998, p. 398; WRÓBLEWSKI, 1992, p. 133; TARUFFO, 1992, p. 95; UBERTIS, 1995, p. 12, y MIRANDA ESTRAMPES, 1997, p. 33).

Si esto es así, cabe preguntarse qué puede ser objeto de la certeza, la convicción, etc. Si el objeto de la prueba son los enunciados sobre los hechos formulados por las partes, parece claro que la convicción, la certeza o cualquier otra actitud mental del juez que se quiera plantear como finalidad de la prueba deberá estar referida a esos enunciados. De este modo, no veo otra posibilidad que sostener que la certeza o la convicción del juez verse sobre la verdad del enunciado (CARRARA, 1944, p. 291, y DE SANTO, 1991, p. 289). Esto, por supuesto, no supone afirmar la relación conceptual entre la prueba y la verdad, pero permite observar que aquellos autores que, sosteniendo tesis como las presentadas en el epígrafe anterior, han pretendido “desterrar” la noción de verdad del análisis de la prueba están abocados necesariamente al fracaso, puesto que sus propias tesis acaban vinculando (aunque más indirectamente) ambas nociones<sup>24</sup>.

Por poner sólo dos ejemplos de ese fracaso, me referiré a los casos de MONTERO AROCA y de SERRA DOMÍNGUEZ. El primero, después de haber calificado de “mito” la relación entre prueba y verdad y sostener que la finalidad de la prueba es producir la certeza del juez sobre los hechos, sostiene que la certeza judicial acerca de una declaración testifical consiste en la conclusión de que “ha dicho la verdad” (MONTERO AROCA, 2000, p. 49); o también que una vez realizado el reconocimiento judicial, el juez deberá «decidir sobre la verdad o falsedad del hecho que se le ha representado»<sup>25</sup> (p. 51). SERRA DOMÍNGUEZ, por su parte, sostiene que «hasta tanto no se ha desterrado de la investigación el término verdad, no han podido conseguirse resultados satisfactorios» en el análisis de la prueba jurídica (1962, p. 356). No obstante, considera que se puede «definir

<sup>23</sup> En realidad, debería decirse, con mayor rigor, que se prueban proposiciones, no enunciados.

<sup>24</sup> También sucede algo parecido cuando se vincula la noción de prueba a la de probabilidad (en cualquiera de sus versiones). En efecto, no veo cómo se puede evitar sostener que la probabilidad que resulta relevante es la de que sea verdadero el enunciado que se pretende probar.

<sup>25</sup> Bastaría únicamente añadir que los hechos en cuanto tales no son susceptibles de verdad o falsedad, sino únicamente los enunciados que los describen.

el concepto de prueba como una actividad de comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de los mismos encaminada a formar la convicción de una persona» (SERRA DOMÍNGUEZ, 1962, p. 356). Parece clara, además, la referencia seguramente inconsciente a la verdad como correspondencia <sup>26</sup>.

El análisis anterior permite ya intuir la plausibilidad de la relación teleológica entre prueba y verdad. Pero vale la pena ofrecer un último argumento en su favor. Como ha señalado VAN FRAASSEN (1980, p. 24) al analizar la finalidad o el propósito de la ciencia, cuáles sean éstos depende de las condiciones de éxito de la institución. Y ello, por cierto, no excluye que existan otros propósitos subsidiarios que puedan ser o no medios para aquella finalidad principal.

Parece razonable sostener que el éxito de la intervención de las partes en la fase de prueba, aportando medios de prueba, etc., se produce si logran convencer al juez de que su "descripción" de los hechos (su historia, si se prefiere) es verdadera. Con ello, estarán en buenas condiciones de ganar el caso. En cambio, no parece que se pueda decir que en ese caso, sin más, ha funcionado con éxito la institución jurídica de la prueba. Si una de las funciones principales del Derecho es la regulación de la conducta, el cumplimiento de esta función requiere que en el proceso se apliquen las consecuencias jurídicas previstas en las normas si, y sólo si, se han producido efectivamente los hechos condicionantes de esas consecuencias. Para ello, la prueba como actividad tiene la función de comprobar la producción de esos hechos condicionantes o, lo que es lo mismo, de determinar el valor de verdad de los enunciados que describen su ocurrencia.

<sup>26</sup> Otros autores, como MUÑOZ CONDE (1999, pp. 53 ss.) utilizan la expresión "verdad forense", que recuerda a la de "verdad formal", pero sostienen "la teoría consensual de la verdad" (siguiendo las tesis de HABERMAS), que sería la única capaz de explicar las autorizaciones y las prohibiciones o limitaciones para investigar, «cosa que no podría hacerse desde una perspectiva epistemológica si se sustentara la idea de la verdad como correspondencia». Sinceramente, no alcanzo a entender las razones de esa imposibilidad. Por otra parte, creo que la coherencia, el consenso, etc., pueden ser considerados plausiblemente criterios, falibles en cualquier caso, de verdad, pero de ninguna forma puede sostenerse que la verdad sea reducible a ellos. En el mismo sentido, y en el contexto del análisis sobre la prueba jurídica, pueden verse ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1989, p. 311; FERRAJOLI, 1989, pp. 20-23 y 42 s.; FERRUA, 1992, pp. 59 ss.; TARUFFO, 1992, pp. 145 ss.; UBERTIS, 1995, p. 11, y ANDRÉS IBÁÑEZ, 1998, p. 403. En este trabajo, en cualquier caso, como ya ha sido advertido en otras ocasiones, se utiliza en todo momento la teoría de la verdad como correspondencia.

cia <sup>27</sup>. Y el éxito de la institución de la prueba jurídica se produce cuando los enunciados sobre los hechos que se declaran probados son verdaderos, por lo que puede sostenerse que la función de la prueba es la determinación de la verdad sobre los hechos (en el mismo sentido, entre otros, TARUFFO, 1992, p. 373; LOMBARDO, 1993, p. 752; UBERTIS, 1995, pp. 4-5 <sup>28</sup>, y ANDRÉS IBÁÑEZ, 1998, p. 395).

Para terminar esta parte del análisis, vale la pena insistir en dos matizaciones. Por un lado, la independencia entre las relaciones conceptual y teleológica entre la verdad y la prueba permite perfectamente que pueda darse el caso de que un enunciado fáctico resulte jurídicamente probado y, en cambio, sea falso. También, por supuesto, que un enunciado fáctico verdadero no resulte probado. Todo ello depende de los elementos de juicio aportados al proceso. Lo único que podrá decirse es que en ese caso la prueba como actividad no habrá cumplido su función o finalidad.

Por otro lado, como ya VAN FRAASSEN ponía de manifiesto en su análisis del propósito o la finalidad de la ciencia, que se afirme que *algo* es el propósito de una institución o actividad no excluye que existan también otros propósitos o finalidades. Así sucede claramente en el caso de la regulación jurídica de la prueba. Está claro que, además de la determinación de la verdad sobre los hechos, esa regulación jurídica tiene también otros objetivos, que pueden variar en cada momento histórico y en cada ordenamiento. Así, por citar sólo algunos, pueden mencionarse la celeridad en la toma de decisiones, la paz social, la protección de los derechos individuales, etc. (*vid.*, entre otros muchos, RESCHER y JOYNT, 1959, p. 568; WEINSTEIN, 1966, pp. 241 ss.; LIEBMAN, 1980, pp. 276-277; POSNER, 1990, p. 206, y TARUFFO, 1992, pp. 336-337). En cualquier caso, como señala acertadamente DAMAŠKA (1978, p. 860; 1986, pp. 160 ss.), incluso respecto de los momentos históricos en los que en virtud de un modelo altamente inquisitivo se pretendía maximizar la búsqueda de la verdad —incluyendo la práctica legal de torturas para obtenerla— no puede

<sup>27</sup> Como sostuvo CIEŚLAK (1955, p. 44), demostrar la existencia o inexistencia de un hecho equivale a demostrar la verdad o falsedad de las proposiciones que afirman o niegan esa existencia.

<sup>28</sup> UBERTIS cita una interesante sentencia de la Corte Constitucional italiana (núm. 255 de 1992) en la que se declara expresamente que «la finalidad primaria e ineludible del proceso penal no puede ser otra que la búsqueda de la verdad».

decirse que esa búsqueda fuese ilimitada y estuviesen ausentes otros valores en el proceso judicial.

## 5. SER VERDADERO Y SER TENIDO POR VERDADERO

Como ya se ha puesto de manifiesto, la relación, de uno u otro tipo, entre las nociones de prueba y verdad ha traído de cabeza a buena parte de los procesalistas desde hace mucho tiempo. En el apartado anterior he defendido la plausibilidad de la tesis que sostiene la existencia de una relación teleológica entre esas dos nociones. No obstante, con ello no se agotan los problemas.

Como ya se dijo anteriormente, la distinción entre verdad material y formal fue elaborada por la doctrina alemana decimonónica como reacción a la constatación de que, en muchos casos, los hechos declarados probados en los procesos judiciales no coincidían (y algunas veces no podían jurídicamente coincidir) con los hechos realmente acaecidos. En otras palabras, que eran declaradas probadas proposiciones que, en cambio, resultaban falsas y a la inversa. A pesar de ello, el Derecho reconocía, y sigue reconociendo, autoridad a esas decisiones: las sigue considerando como decisiones jurídicas y producen los normales efectos jurídicos.

He dedicado buena parte de este capítulo a mostrar la implausibilidad de la distinción entre distintos tipos de verdades, así como también la insuficiencia de buena parte de las alternativas teóricas planteadas por la doctrina. En lo que sigue, pretendo ofrecer una posible solución al problema que acabará en la noción de aceptabilidad de una proposición. Con ello, por otra parte, introduciré la discusión que se desarrollará más extensamente en el capítulo siguiente.

El punto de partida que puede permitir resolver el embrollo de la relación entre prueba y verdad de una proposición es la distinción entre “ser verdadera” y “ser tenida por verdadera”. Una proposición  $p$  es verdadera si, y sólo si se da el caso que  $p$ . Ésta es la clásica noción de la verdad como correspondencia (TARSKI, 1931). En el famoso ejemplo de TARSKI “La nieve es blanca” es verdadero si, y sólo si, la nieve es blanca. Esto es, si se produce una correspondencia entre aquello que dice el enunciado y los hechos del mundo. De esta

forma, la verdad de una proposición no depende en absoluto de quién formule el enunciado que la expresa (sea un juez, el constituyente, usted o yo mismo). Si trasladamos esto al contexto que aquí importa, la verdad de la proposición  $p$  que se menciona en el enunciado probatorio “Está probado que  $p$ ” no depende en absoluto de lo que decida el juez, que emite el enunciado probatorio en su decisión. Tampoco depende de nada que haya podido suceder en el transcurso del proceso, ni de los medios de prueba aportados al mismo, etc.<sup>29</sup>. Depende, única y exclusivamente, de su correspondencia con el mundo: de que los hechos que  $p$  describe se hayan producido efectivamente.

Lo que sí depende del juez o tribunal que decide el caso es considerar a  $p$  como verdadera. Esto es, el juez puede tener a  $p$  por verdadera en su decisión, a la luz de los elementos de juicio aportados al expediente judicial para probar la verdad de la proposición, e incorporarla como tal a su razonamiento decisorio, o no tenerla por verdadera. Vale la pena señalar que la decisión de no tener por verdadera la proposición  $p$  no debe confundirse con la decisión de tenerla por falsa. Ésta es otra diferencia entre el valor de verdad de  $p$  y el hecho de que sea tenida por verdadera por alguien. En el primer caso sólo dos opciones son posibles: la proposición es verdadera o falsa. En el segundo, en cambio, existe una tercera posibilidad intermedia: puede considerarse a  $p$  como verdadera, como falsa (es decir, como verdadera a “no- $p$ ”) o no atribuirle valor de verdad. Esto último puede suceder, por ejemplo, si no se dispone de elementos de juicio suficientes a favor ni en contra de la proposición  $p$ .

Es conveniente advertir que no debe confundirse el hecho de que se tenga por verdadera una proposición con la creencia en la verdad de la misma. Normalmente, esa creencia es precisamente la razón por la que un sujeto tiene a una proposición por verdadera. Pero ello no es necesariamente así. Cabe la posibilidad de que se decida tener por verdadera una proposición e incorporarla en un razonamiento por otras razones que no son la creencia en su valor de verdad. Así, por ejemplo, puede hacerse a modo de hipótesis de trabajo o por obediencia a una norma que así lo impone. En este sentido, el Derecho, como cualquier otro sistema normativo, puede regular la decisión de un sujeto de tener por verdadera una

<sup>29</sup> Otra cosa es la verdad del enunciado probatorio mismo (“Está probado que  $p$ ”), que analizaré más adelante.

proposición e incorporarla como tal a su razonamiento. Puede, por ejemplo, obligarle a hacerlo, dadas ciertas condiciones, o también prohibirle hacerlo, etc. En cambio, no tiene sentido regular la verdad de una proposición ni tampoco la creencia del sujeto acerca de esa verdad.

¿Y cuál es la relación de todo esto con la prueba jurídica? Pues bien, creo que una buena forma de presentar el problema de la relación entre prueba y verdad puede ser ésta: la finalidad de la prueba como institución jurídica es la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso. Cuando los específicos medios de prueba incorporados al proceso aportan elementos de juicio suficientes a favor de la verdad de una proposición (lo que no debe confundirse con que la proposición sea verdadera), entonces puede considerarse que la proposición está probada. En ese caso, el juez debe incorporarla a su razonamiento decisorio y tenerla por verdadera.

En todo caso, podría añadirse que, *a posteriori* de la decisión judicial, una vez la sentencia ha adquirido firmeza y salvo excepciones, a los efectos jurídicos lo que importará será aquello que el juez ha tenido por verdadero y perderá relevancia aquello que es verdadero (en el caso de que no coincidan). Pero éste es un problema únicamente de atribución de efectos jurídicos que no tiene que ver con la verdad de ninguna proposición.

Siguiendo a COHEN (1989, 1992) y a ULLMANN-MARGALIT y MARGALIT (1992) parece posible dar cuenta de la idea de tener por verdadero *p* mediante la noción de “aceptación”<sup>30</sup>. Así, estos últimos autores afirman que

«[...] alguien acepta un enunciado cuando decide proceder o actuar como si fuera verdadero, con independencia de si cree o no que el enunciado es verdadero» (ULLMANN-MARGALIT y MARGALIT, 1992, p. 176).

<sup>30</sup> Aunque entre COHEN y ULLMANN-MARGALIT y MARGALIT hay algunas diferencias de planteamiento, creo que no resultan relevantes en este contexto. Las dos más importantes podrían considerarse éstas: *a*) para COHEN la aceptación es fundamentalmente teórica mientras que para ULLMANN-MARGALIT y MARGALIT es fundamentalmente práctica; y *b*) para COHEN, la aceptación tiene pretensión de durabilidad, cosa que es rechazada por ULLMANN-MARGALIT y MARGALIT. En cualquier caso, la noción de “aceptación” será analizada con mayor detalle en el capítulo siguiente.

Como puede observarse, la noción de aceptación, así definida, resulta ser una actitud voluntaria<sup>31</sup> y es independiente respecto de las creencias que el sujeto tenga acerca de la verdad del enunciado. Esto es, es perfectamente posible que alguien *decida* aceptar como verdadero un enunciado, aun cuando crea (acertadamente o no) que es falso. Y, además, el elemento de la voluntariedad permite que sea posible también someter a regulación normativa la adopción de esa decisión. Puede observarse que, de esta forma, se produce un claro paralelismo con la idea de “tener por verdadera” una proposición<sup>32</sup>, tal como fue presentada en los párrafos anteriores.

En mi opinión, la distinción entre “ser verdadero” y “ser tenido por verdadero” o “ser aceptado como verdadero”, permite dar cuenta de los problemas que llevaron a la distinción entre verdad material y verdad formal, sin presentar los inconvenientes que suscita esta última y, especialmente, sin multiplicar las nociones de verdad. Además, se pone el acento en que no se trata de que “existan” distintas verdades, sino más bien de la diferencia entre la verdad de una proposición, que no es dependiente de ningún sujeto que la exprese, y la actitud mental de un sujeto, en este caso, el juez, respecto de la verdad de la proposición.

Por otra parte, se pueden encontrar ejemplos en los que algunos de los autores que plantearon la distinción entre verdad material y verdad formal parece estar pensando en una tesis similar a la que acaba de presentarse. Así, por ejemplo, VON CANSTEIN habla de *suposición de verdad* en oposición a la verdad material (VON CANSTEIN, 1880, p. 355) y GONNER observa claramente que

«de lo que declaran los testigos, y de lo que alguien confiesa en su propio perjuicio o confirma bajo juramento en su beneficio, es siempre posible lo opuesto, aunque no probable. Pero las leyes tuvieron que intervenir decretando que en la determinación de los derechos *ello se tuviera por verdad*» (GONNER, 1804, p. 255) (la cursiva es mía).

<sup>31</sup> Lo que la hace preferible a la noción de creencia (y todos sus sucedáneos, como la convicción, etc.) para dar cuenta de la actitud proposicional del juez frente a los enunciados que se declaran probados.

<sup>32</sup> ULLMANN-MARGALIT y MARGALIT hablan de aceptar un enunciado, pero no creo que éste sea aquí un aspecto relevante. Por otra parte, como ya he dicho en otras ocasiones, entiendo que el objeto de la prueba son las proposiciones.

También más recientemente se pueden encontrar expresiones parecidas. Así, por ejemplo, WRÓBLEWSKI sostiene que

«una peculiaridad de la aplicación judicial del Derecho es que la base fáctica de las decisiones judiciales está constituida por un enunciado existencial *tratado como un enunciado verdadero*» (WRÓBLEWSKI, 1992, p. 152) (la cursiva es mía).

Y, finalmente, vale la pena mencionar también lo que afirma LEVY-BRUHL:

«Una proposición probada es una proposición admitida, *aceptada*, hecha en lo sucesivo, al menos por un tiempo, parte de las verdades oficiales [...]» (LEVY-BRUHL, 1964, p. 22) (la cursiva es mía).

También a través de la noción de aceptación de una proposición como verdadera puede darse cuenta adecuadamente de un aspecto más que preocupaba especialmente a quienes idearon la distinción entre verdad material y formal. Ese aspecto es la producción de efectos jurídicos, en ocasiones irreversibles, de la decisión judicial, aun cuando la misma se aparte en su declaración de hechos probados de los hechos realmente ocurridos, esto es, incluya enunciados fácticos falsos u omita la inclusión de enunciados fácticos verdaderos relevantes para el caso.

Siguiendo de nuevo las ideas de ULLMANN-MARGALIT y MARGALIT (1992, pp. 171 ss.), puede decirse que la aceptación de una proposición o el hecho de tenerla por verdadera funciona como una presunción<sup>33</sup>. Dicha presunción se introduciría en el razonamiento a los efectos de facilitar la adopción de una decisión práctica. Pues bien, a partir de aquí puede entenderse la producción de efectos jurídicos de la decisión en cuestión: se presume que los enunciados

<sup>33</sup> Lo que, de nuevo, separa las nociones de aceptación y creencia. Un encargado de un supermercado puede sostener que el cliente siempre tiene la razón, como una forma de llevar a cabo una determinada política comercial. Por supuesto, eso no supone que crea efectivamente que es verdad que el cliente siempre tiene la razón. En cambio, acepta esa proposición y la incorpora a su razonamiento práctico a los efectos de tomar decisiones en su trabajo. Lo hace como si la proposición fuera verdadera, presumiendo su verdad de forma inderrotable (aunque sea consciente de que la proposición es falsa) (*vid.* ULLMANN-MARGALIT y MARGALIT, 1992, pp. 170-171). Lo mismo puede hacer un abogado, que acepte la inocencia de su cliente a los efectos de llevar a cabo una mejor defensa.

fácticos declarados probados por el juez en su decisión son verdaderos. Cuando esa decisión no admite nuevos recursos, la presunción deviene inderrotable, *iuris et de iure*, y la decisión adquiere fuerza de cosa juzgada. Las razones para introducir esa presunción son, por supuesto, de tipo práctico y tienen que ver con el interés de que las causas judiciales lleguen a su final de forma relativamente rápida y no se eternicen.

Antes de finalizar este capítulo vale la pena apuntar una cuestión más que, no obstante, será desarrollada en el capítulo siguiente. Si se sostiene, como he defendido en los párrafos anteriores, que cabe entender las declaraciones de hechos probados incluidas en las resoluciones judiciales como la aceptación de esos enunciados como verdaderos por parte del juez, entonces reaparece el peligro de permanecer encerrados en una concepción irracional y subjetiva de la prueba. Para evitar esa consecuencia, es necesario disponer de criterios externos a la decisión del propio juez que permitan evaluar su corrección.

Pues bien, de forma paralela a la distinción entre “ser verdadero” y “ser tenido por verdadero” o “aceptado como verdadero”, puede elaborarse una nueva y útil distinción: “estar probado” *versus* “ser tenido por probado”.

En este trabajo he defendido que “Está probado que *p*” debe ser entendido como “Hay elementos de juicio suficientes (en el expediente judicial) a favor de *p*”. Pues bien, está claro que, en el caso de la prueba judicial, será el juez o tribunal (o, en ocasiones, el jurado) quien tenga que tomar una decisión acerca de la existencia o inexistencia de elementos de juicio suficientes para aceptar *p* como verdadera. Pero puede suceder que esa decisión resulte errónea: se considere que no hay elementos suficientes y, en cambio, sí los haya o a la inversa. En esos casos, se producirá una disociación entre lo que el juez o tribunal declara o tiene por probado y lo que, realmente, está probado.

De este modo, a diferencia de lo que ocurre en las concepciones subjetivistas o irracionalistas de la prueba, la verdad de un enunciado probatorio (del tipo “Está probado que *p*”) no depende de lo que resuelva el juez, un tribunal o un jurado. Ellos pueden decidir tener por probado *p*, declararlo probado. Pero la verdad del enunciado probatorio depende exclusivamente de su correspondencia con el

mundo. En este caso, depende de que efectivamente existan o no elementos de juicio suficientes a favor de  $p$  que hayan sido aportados al proceso.

El elemento clave aquí es el de la suficiencia de los elementos de juicio. Para poder disponer de un criterio o un conjunto de criterios que permitan juzgar la corrección de la decisión judicial habrá que disponer de una teoría acerca de la suficiencia de los elementos de juicio, esto es, una teoría que nos diga cuándo o bajo qué condiciones los elementos de juicio disponibles son suficientes para que resulte racional aceptar una proposición como verdadera en el razonamiento decisorio. Cuando el juez adopte su decisión sobre los hechos contraviniendo esas condiciones de racionalidad podrá decirse que “ha tenido por probado  $p$ ”, pero que, en realidad, no lo estaba (o a la inversa). En otros términos, podrá decirse que el juez ha aceptado  $p$  como verdadera en su razonamiento, pero que, a la vista de los elementos de juicio presentes en el expediente,  $p$  no era *acceptable*<sup>34</sup>.

En definitiva, creo que una reconstrucción como la que se ha presentado permite dar cuenta plausiblemente de buena parte de los problemas y de las intuiciones en torno a las relaciones entre prueba y verdad que han preocupado a los procesalistas desde hace muchos años. Queda por desarrollar adecuadamente la noción de aceptación de una proposición y sus diferencias con otras actitudes proposicionales, como la creencia. Pero ello será materia del capítulo siguiente.

<sup>34</sup> Así, desde el punto de vista de la aceptación del juez o tribunal, la suficiencia de los elementos de juicio a favor de una proposición equivale a la aceptabilidad de esa proposición. Y una teoría acerca de la suficiencia de los elementos de juicio puede entenderse también como una teoría acerca de la aceptabilidad de las proposiciones como verdaderas.

## CAPÍTULO TERCERO

### PRUEBA Y ACTITUDES PROPOSICIONALES

#### 1. INTRODUCCIÓN

En la literatura procesal acerca de la noción de prueba como resultado de la valoración conjunta de los elementos de juicio aportados al proceso, es habitual la remisión a nociones como el convencimiento, la creencia, la certeza o la convicción del juez acerca de los hechos ocurridos. En los dos capítulos anteriores he tenido la oportunidad de ofrecer un buen número de ejemplos de este tipo de referencias. Todas esas nociones ponen el acento en los estados mentales implicados en el proceso de determinación de los hechos por parte del juez o, en su caso, del jurado. Es más, en muchas ocasiones, se afirma que la finalidad de la prueba es precisamente que el órgano decisor alcance alguno de esos estados mentales respecto de las proposiciones fácticas a probar (i. e., el convencimiento, la certeza, etc.). En el capítulo anterior he analizado la declaración de hechos probados realizada por el juez en términos de su aceptación de la proposición fáctica que se declara probada, sobre la base de los elementos de juicio disponibles en el proceso. Y también en ese caso se plantea una clara vinculación entre la prueba de una proposición y un estado mental acerca de esa proposición.

Todos los estados mentales mencionados están referidos a las proposiciones que se pretenden probar y se han estudiado en la tra-

dición filosófica, a partir de BERTRAND RUSSELL, bajo el nombre de “actitudes proposicionales”<sup>1</sup>.

Por ello, resulta interesante analizar el resultado conjunto de la actividad probatoria (del total de los elementos de juicio aportados) en términos de la actitud proposicional del juzgador acerca de la o las proposiciones que han sido objeto de la actividad probatoria. Pero, ¿cuál es, entonces, la actitud proposicional implicada en los enunciados declarativos de hechos probados? Sin ánimo de exhaustividad, creo que pueden destacarse tres respuestas distintas a esta pregunta. En primer lugar, puede vincularse la prueba de una proposición con la creencia por parte del juzgador en la verdad de esa proposición. Con diversas formulaciones y ligeros matices, ésta es, como ya se ha visto, la tesis mayoritaria en el ámbito de la doctrina procesal. Una tesis más fuerte que la anterior es la que vincula la prueba de una proposición con el conocimiento. Decir, entonces, que está probada una proposición *p* sería equivalente a decir que se conoce que *p*. Finalmente, una tercera posibilidad alternativa a las dos primeras supone la vinculación de la prueba de una proposición con la aceptación de la verdad de la misma. En lo sucesivo, analizaré estas tres opciones teóricas y finalizaré el trabajo con algunas ideas acerca de la noción de justificación aplicada a las decisiones judiciales sobre los hechos.

## 2. PRUEBA Y ACTITUDES PROPOSICIONALES

### A. “Está probado que *p*” vinculado a la creencia en *p* por parte del juez

Son muchos los autores que históricamente han dado cuenta de las declaraciones judiciales de hechos probados en términos de las creencias<sup>2</sup> del juez acerca de los hechos. También es habitual encon-

<sup>1</sup> Una buena presentación al respecto puede verse en VALDÉS, 1996, pp. 5 ss.

<sup>2</sup> No es posible aquí dar cuenta siquiera sintéticamente del debate que se ha mantenido en la filosofía contemporánea acerca del concepto de creencia. En realidad, este concepto ha sido objeto de análisis filosófico preferente por parte de la denominada filosofía de la mente. *Vid.*, al respecto, las presentaciones que realizan VILLORO (1982, pp. 11 ss.), QUESADA (1998, pp. 35 ss.) y SAAB (1999, pp. 63 ss.). Una de las formas de definir la creencia que ha gozado de mayor apoyo en ese debate es aquella

trar referencias a esa actitud mental en relación con la prueba en la legislación y, desde luego, en la jurisprudencia.

En el ámbito de la teoría del Derecho, pueden mencionarse, entre otras muchas, las tesis defendidas por dos autores teóricamente alejados en otros aspectos: FRANK (1951) y CELANO (1995). Así, dice FRANK que

«[...] la mayoría de los pleitos son “pleitos sobre hechos”, pleitos en los que las decisiones dependen de las creencias de los jueces de primera instancia o de los jurados sobre acontecimientos pasados acerca de cuya ocurrencia se disputa. La predicción de las sentencias futuras en los “pleitos sobre los hechos” que todavía no se han iniciado, significa la predicción de estas futuras creencias de los jueces y los jurados sobre los hechos pasados» (FRANK, 1951, pp. 37-38).

Y CELANO, por su parte, sostiene que

«el juez tiene la obligación de buscar la verdad *de la mejor forma que pueda* y de decidir a la luz de lo que *crea conocer* como resultado de sus esfuerzos» (CELANO, 1995, p. 144. La cursiva es del autor. En la misma línea parece pronunciarse BONORINO, 1999, pp. 22 y 23).

También en el campo del derecho procesal ésta es la concepción mayoritaria<sup>3</sup>. Una versión especialmente clara es la de CABAÑAS:

que la caracteriza por dos elementos, a saber: i) la representación de *p*, y ii) la disposición a actuar como si *p* fuera verdadera (*vid.* BRAITHWAITE, 1932-1933, p. 30).

<sup>3</sup> Lo es, por ejemplo, entre los procesalistas españoles. Así, sostienen que el objetivo fundamental de la actividad probatoria es el de «convencer al juez de la veracidad de unos hechos que se afirman existentes en la realidad» (CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA y MORENO CATENA, 2000, p. 231). En el mismo sentido, pueden verse, por ejemplo, GUASP (1956, pp. 300-301) y MIRANDA ESTRAMPES (1997, pp. 45 ss.), quien incluye abundantes referencias bibliográficas adicionales. Por último esta concepción ha sido acogida en alguna ocasión por el Derecho positivo español; así, dice el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que «el Tribunal, apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley». Este artículo ha sido interpretado durante décadas por el Tribunal Supremo español en clave subjetivista e irracionalista, de lo cual es un buen botón de muestra la STS de 22 de diciembre de 1980, en la que se afirma que «el art. 741 de la LEC le atribuye [al Tribunal] una omnímoda y soberana facultad valorativa de las pruebas practicadas, en las que no se admite jerarquía ni preeminencia de unos medios probatorios sobre otros, y mediante lo cual, el dicho

«[...] la palabra “prueba” identifica [...] al [...] estado psicológico de convencimiento del juez sobre la veracidad de todos o algunos de los hechos alegados por las partes. En efecto, una afirmación de hecho no estará “probada” [...] si finalmente [...] no excita en el juez la certidumbre de la realidad física del acontecimiento descrito en esa afirmación» (CABAÑAS, 1992, p. 21).

Como puede observarse en el texto de CABAÑAS, en ocasiones se hace referencia a la noción de creencia mediante los términos “convencimiento” o “convicción”. No encuentro, en este contexto, ninguna diferencia relevante en el significado de cada uno de esos términos, de forma que parece adecuado considerarlos como sinónimos. En otras ocasiones, en cambio, se vincula la prueba con la certeza acerca de los hechos. La noción de certeza, por su parte, es utilizada por la doctrina procesalista de forma oscilante, pudiendo ser reconducida en algunos casos de forma clara a la de creencia (DEVIS ECHANDÍA, 1981, p. 34, y NAYLOR, 1985, p. 428) y, en otros, a la noción de conocimiento (HÉLIE, 1866-1867, p. 323).

A pesar de que sea mayoritaria, en mi opinión, hay buenas razones para rechazar esta reconstrucción basada en las creencias. En primer lugar, es casi una obviedad señalar que la verdad de una proposición que afirma la posesión de una creencia por parte de

Tribunal puede formar libremente su convicción respecto a los problemas fácticos que defiera el proceso de que se trate, sin supeditarla a criterio racional de sana crítica, lógico, o a cualquier otro que no sea el de su recta e imparcial conciencia [...]. Este y otros ejemplos, así como una propuesta interpretativa del art. 741 LEC que pretende hacerlo compatible con la obligación judicial de motivar los fallos, puede encontrarse en IGARTUA, 1995, pp. 34 ss. Más recientemente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (a partir de la STC 31/1981, de 28 de julio) ha ido introduciendo limitaciones a la interpretación irracionalista del art. 741 LECr. Esa línea jurisprudencial ha sido también acogida, aunque no llevada hasta sus últimas consecuencias, por el Tribunal Supremo, que ahora dice, por ejemplo, que «[...] no basta la mera certeza subjetiva del Tribunal penal de que ha habido efectivamente una actividad probatoria de cargo de la que se deduce la culpabilidad del procesado. La estimación en “conciencia” a que se refiere el precepto legal no ha de entenderse o hacerse equivalente a un cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, que abogue a una historificación de los hechos en adecuado ensamblaje con ese acervo, de mayor o menor amplitud, de datos acreditativos o reveladores, que haya sido posible concentrar en el proceso. [...] “Criterio racional” es el que va de la mano de la lógica, la ciencia y la experiencia, dejando atrás la arbitrariedad, la suposición o la conjetura» (STS de 12 de noviembre de 1996).

un sujeto cualquiera no tiene que coincidir necesariamente con la verdad de la proposición creída por ese sujeto. Basta observar que es posible que un sujeto crea que  $p$  es verdadera y contemporáneamente que la proposición en cuestión sea falsa. Por eso, si se vincula la prueba de una proposición sobre los hechos a la posesión del estado mental “creencia” por parte del juez respecto de esa proposición, se diseña una noción de prueba absolutamente subjetiva que se aparta de la concepción racionalista que he defendido en este trabajo<sup>4</sup>.

En segundo lugar, son muchos los casos en los que, de hecho, los jueces dictan sentencia en contra de sus creencias, no sólo debido a la aplicación de las premisas normativas, sino también en la determinación de las premisas fácticas del razonamiento (LARENZ, 1960, pp. 302 y 303). No es difícil imaginar, en ese sentido, que un juez o un jurado puedan tener la convicción (creencia) de que A ha realizado la acción por la que es acusado del delito Y, pero considerar que a la luz de los elementos probatorios aportados al proceso deben estimar la aplicación del principio de presunción de inocencia. O bien, para ponerlo en el ámbito civil, el juez cree que A es el padre de B, pero entiende que no han sido aportados al proceso elementos probatorios suficientes. En esos casos, claramente, la creencia del juez no está en la base de aquello que considera probado. Ello puede deberse, al menos, a seis tipos de razones:

- a) a que esa creencia o convicción es de tipo irracional, en contra de los elementos probatorios disponibles;
- b) a que el juez dispone de elementos de juicio (sobre los que basa su creencia) que no han sido incorporados al proceso y que, por tanto, no puede usar en su decisión (*vid.*, al respecto, la obra clásica de STEIN, 1893, espec. pp. 150 ss.);
- c) a que se han aportado al proceso elementos de juicio (sobre los que el juez basa su creencia) que han sido posteriormente recha-

<sup>4</sup> En ocasiones, se recurre también a una interpretación del denominado principio de inmediación según la cual no sería posible un control de la valoración de la prueba realizada por el sujeto que tuvo percepción directa de la misma. Esa percepción, personal e intransferible, sería la productora de la creencia del juez sobre los hechos, verdadero objetivo de la prueba judicial. No obstante, es obvio que ésta no es la única interpretación posible de ese principio y, en mi opinión, tampoco la más conveniente. En este mismo sentido, *vid.*, por ejemplo, ANDRÉS IBÁÑEZ, 1992, pp. 295 ss.; 2000, pp. 29-30; 2002, pp. 4 ss., y GASCÓN, 2001, p. 111.

zados por defectos formales o por haber sido obtenidos en violación de derechos fundamentales<sup>5</sup>;

d) a que la decisión está fundamentada en alguna presunción legal que no ha podido ser destruida por los elementos probatorios incorporados al proceso;

e) a que el hecho es admitido por todas las partes como cierto y, por tanto, se da por probado, aun cuando el juez pueda no creer en su ocurrencia<sup>6</sup>, y, finalmente,

f) a que la decisión sobre los hechos probados obedece a la aplicación de alguna regla de prueba legal que predetermina el resultado de la decisión en lo que hace referencia a los hechos<sup>7</sup>.

Además, como habrá podido observarse, en algunos de los supuestos señalados, el juez no sólo *puede*, sino que *debe* prescindir de sus creencias para realizar la selección de los hechos probados que incorpora a su razonamiento. Ese deber viene impuesto por el sistema jurídico de referencia y es un primer elemento que permite elaborar la distinción entre el hecho de que una proposición esté probada y el hecho de que ésta sea tenida por probada por el juez del caso. En efecto, si en los supuestos en que el juez debe abandonar sus creencias acerca de los hechos del caso para determinar los hechos probados, éste no las abandona, podrá decirse que el juez tuvo por probada una proposición *p*, pero que ésta no estaba, en realidad, probada.

Pero es necesario analizar con mayor detalle algunas de las características definitorias de la creencia a los efectos de comprobar su

<sup>5</sup> Es constante, al respecto, la doctrina del Tribunal Constitucional que impide tener en cuenta la prueba obtenida de forma ilícita para determinar los hechos del caso. *Vid.*, por todas, SSTC 114/1984, de 29 de noviembre; 85/1994, de 14 de marzo, y 127/1996, de 9 de julio. *Vid.* también Gascón, 2001, pp. 112-113.

<sup>6</sup> Se trata de un caso claro de aplicación del principio dispositivo, que rige especialmente en el ámbito civil. *Vid.*, al respecto, el art. 281.3 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>7</sup> Dispone, por ejemplo, el art. 319.1 de la LEC que «con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos [...] harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella». Y el art. 326.1 del mismo texto legal combina la prueba legal con el principio dispositivo antes mencionado, estableciendo que «los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del art. 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen».

adecuación al ámbito de la prueba judicial. Para ello, seguiré la exposición realizada por ENGEL (1998 y 2000) y destacaré dos de aquellas características que parecen hacer especialmente inadecuada a la noción de creencia para dar cuenta del estado mental implicado en la declaración judicial de hechos probados.

a) En primer lugar, puede decirse que las creencias son algo que nos sucede, es decir, que su ocurrencia en nosotros es involuntaria (ENGEL, 1998, p. 143, y 2000, pp. 3 y 9. En sentido coincidente *vid.*, por ejemplo, HUME, 1739-1740, p. 824; WILLIAMS, 1973, p. 148; COHEN, 1989, p. 369, y 1991, p. 467; BRATMAN, 1992, p. 3, y REDONDO, 1996, pp. 183 ss.). La argumentación de WILLIAMS al respecto parece especialmente convincente: si se pudiera decidir tener una creencia, entonces se podría decidir tener una creencia falsa. Pero, no puede decidirse tener una creencia falsa y, por lo tanto, no puede decidirse tener una creencia. Ello se debe fundamentalmente a la pretensión de verdad que por definición tienen las creencias (REDONDO, 1996, p. 185). Esto no excluye que las creencias acerca de la ocurrencia de un hecho puedan estar fundadas en elementos de juicio, pero ese fundamento es simplemente causal, en el sentido en que si se aportan a un individuo elementos de juicio a favor de la verdad de una proposición esos elementos pueden *causar* la creencia de aquel individuo en la ocurrencia del hecho. Pero, en todo caso, el individuo en cuestión nunca podrá *decidir* creer en ello (WILLIAMS, 1973, pp. 141 ss.). Por supuesto, esto no significa que no pueda decidirse actuar con el fin de adquirir una creencia que no se tiene. Así, por ejemplo, si desconozco la filiación del rey Carlos V de Alemania y I de España puedo decidir actuar con el fin de conocer esa filiación (lo que implica tener una creencia al respecto); puedo, por ejemplo, preguntar a un amigo que es buen conocedor de la historia de España o consultar una enciclopedia. Una vez he obtenido la información, tengo la creencia de que Carlos V era hijo de Felipe I el Hermoso y de Juana la Loca. Pero, obsérvese bien, no es el caso de que yo haya decidido tener la creencia de que Carlos V era hijo de Felipe I el Hermoso y de Juana la Loca. Lo que he decidido es actuar a los efectos de tener alguna creencia sobre la filiación de Carlos V<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Por todo ello, no tiene sentido imponer normativamente la posesión de una creencia determinada u ofrecer un premio (una cantidad de dinero, por ejemplo) a cambio de creer una determinada proposición. En sentido contrario, se ha argumentado que sería posible adoptar voluntariamente una creencia mediante técnicas

Esto, además, no es exclusivo de las creencias. Del mismo modo, aunque puedo decidir actuar para acelerar el ritmo de mis pulsaciones, por ejemplo, mediante la realización de ejercicio físico, no puede decirse que esa aceleración sea un acto voluntario en sí mismo.

Ahora bien, si esto es así, resulta que tener una determinada creencia acerca de un evento no puede justificarse en sí mismo (otra cosa es el contenido de la creencia) puesto que sólo los actos voluntarios admiten justificación. En otras palabras, si admitimos que el resultado que producen los elementos de juicio presentes en el expediente judicial es la producción de una determinada actitud proposicional acerca de la proposición que se pretende probar, entonces resulta que bajo la reconstrucción que se está analizando, el resultado se podría formular como “Creo que *p*”. Y si el hecho de tener una creencia no es justificable en sí mismo, lo que es lo mismo, la valoración de la prueba realizada por el juez<sup>9</sup>. En otras palabras: a quienes plantean que la finalidad de la actividad probatoria es la producción de un determinado estado mental (la convicción, la creencia, etc.) en el juez acerca de la proposición que se quiere probar (al respecto, *vid.* capítulo segundo, epígrafe 3.B), la coherencia del razonamiento les lleva necesariamente a tener que sostener una concepción irracional de la prueba como resultado, donde la única motivación necesaria de la decisión adoptada es que ésta se corresponde con el íntimo convencimiento del juez, que ésa es su creencia. Basta constatar, entonces, que el juez ha alcanzado esa creencia y, dado que ése no es un acto voluntario no puede exigirse una justificación en sentido estricto del mismo<sup>10</sup>.

de autohipnosis (NAYLOR, 1985, p. 434), pero, aunque esto fuera posible, me parece claramente un caso marginal, especialmente en el ámbito de la discusión de la prueba judicial. También han puesto en cuestión la involuntariedad de las creencias, entre otros, VAN FRAASSEN (1984) y LOSONSKY (2000).

<sup>9</sup> PASTORE (1996, pp. 44-45) ha defendido la vinculación entre la prueba y la creencia sobre la base de la voluntariedad de la acción de decir aquello que se cree, lo que, en su opinión, es particularmente relevante en el caso de la decisión judicial. Por mi parte, en cambio, no veo cómo esta propuesta puede salvar las objeciones planteadas en el texto. Sobre las exigencias de una justificación racional de la decisión judicial en materia de hechos puede verse TARUFFO (1975, pp. 443 ss.).

<sup>10</sup> Otra cosa sería la exigencia de la justificación del contenido proposicional de la creencia. Pero, entonces, ya no se estaría justificando “Creo que *p*”, sino *p*

En ese contexto, lo máximo que se podrá hacer es una investigación empírica psicológica acerca de las causas que han llevado al juez a creer que *p*, a considerar probado que *p* (WILLIAMS, 1973, pp. 141 ss., y REDONDO, 1996, pp. 185 ss.). Y el juez, por su parte, sólo podrá incorporar a la motivación de la sentencia la explicación (no la justificación) de las causas que le han llevado a la creencia en *p*<sup>11</sup>.

Esta consecuencia parece estar en consonancia con las tesis de quienes han sostenido que la libre valoración de la prueba por parte del juez no puede ser más que la expresión del *íntimo convencimiento* del mismo acerca de los hechos ocurridos y es, por tanto, incontrolable<sup>12</sup> e injustificable<sup>13</sup>. Y entiendo también que esto explica

y para la justificación de *p* resulta irrelevante si *p* es creída por alguien, *i. e.*, el juez, o no.

<sup>11</sup> En ese sentido, dice MONTERO AROCA (1996, p. 28) que «unas veces el legislador dispone de modo reglado el valor que el juzgador debe conceder a un determinado medio de prueba [...]. [...] Otras veces la ley dispone que el juzgador debe conceder a un medio de prueba el valor que estime oportuno conforme a las reglas de la sana crítica, con lo que la certeza se pone en relación con el convencimiento psicológico del mismo juez. En este caso cabría hablar de “certeza subjetiva”, [...] pues la necesidad de motivar la sentencia ha de llevarle a exponer de modo razonado cómo ha llegado a formarse su convicción partiendo de los medios de prueba practicados».

<sup>12</sup> Esta forma de entender la prueba ha tenido muy diversas manifestaciones a lo largo de la historia y tiene hoy una amplia difusión en la dogmática procesal y en la jurisprudencia. La idea del “íntimo convencimiento”, en su versión actual, procede de la Francia postrevolucionaria (*vid.*, por ejemplo, la Ley 16-29, de septiembre de 1791, sobre procedimiento penal). Es destacable, por otra parte, que ya en las fórmulas lingüísticas se traslucen las distintas formas de entender el modo de toma de decisiones acerca de los hechos. En este sentido, mientras que se aprecia un marcado matiz subjetivista en la *intime conviction*, no es así en la fórmula alemana de la *Freie Beweiswuerdigung*, que acentúa, en cambio, la libertad de la valoración de la prueba (frente a los sistemas de prueba legal). Finalmente, la fórmula italiana del *prudente apprezzamento* parece subrayar la razonabilidad como guía a seguir por el juez en la valoración de las pruebas. Resulta especialmente significativa de la versión más subjetivista la presentación del sistema de libre convencimiento que lleva a cabo COUTURE (1942, p. 146), quien sostiene que con esa fórmula el legislador le dice al juez: «Tú fallas como tu conciencia te lo diga, con la prueba de autos, sin la prueba de autos y aun contra la prueba de autos». Puede verse un análisis de las distintas denominaciones del sistema de libre apreciación de la prueba en DE SANTO, 1988, pp. 613 ss.

Por último, hay que señalar que, a pesar de que la idea de la prueba como íntima convicción psicológica se apoya en muchas ocasiones en la teoría de la libre valoración de la prueba, no está lógicamente implicada por ésta. WRÓBLEWSKI, por

la adhesión de un autor como FRANK a esta reconstrucción. En cambio, ésta es una consecuencia indeseable para quienes pretendan una estructuración de la prueba judicial sobre los hechos, compatible con un modelo garantista que permita el control de su justificación por parte de un tribunal superior o de terceros (sean éstos las partes, la comunidad jurídica o la propia sociedad). Para salvar este escollo, será necesaria una reconstrucción de la actitud proposicional del juez que incluya el elemento de la voluntariedad en la selección de los hechos probados del caso (COHEN, 1992, p. 121).

b) La segunda característica definitoria de la creencia que la hace especialmente inadecuada para dar cuenta de la actitud proposicional implicada en las declaraciones judiciales de hechos probados es su independencia respecto del contexto (BRATMAN, 1992, p. 3; ENGEL, 1998, pp. 143-144; *íd.*, 2000, p. 3; CLARKE, 2000, pp. 36 ss.). Esto es, nuestras creencias son causadas por una multitud de factores y de informaciones y pueden ir cambiando a lo largo del tiempo. Ahora bien, en un momento cualquiera “*t*” podemos creer que *p* o no creerlo, pero no podemos creer que *p* con relación a un contexto “*c*<sub>1</sub>” y creer que “no-*p*” con relación a un contexto “*c*<sub>2</sub>”. No podemos, por ejemplo, creer o no creer que Hong Kong es una ciudad ruidosa en función de si es lunes o martes o de si lo pregunta el alcalde de la ciudad o un ecologista (aunque es perfectamente posible responder de forma distinta a uno y a otro, en alguno de los dos casos se estará mintiendo respecto de la creencia que se tiene). Y un juez no puede, por ejemplo, creer que Juan mató a Pedro cuando ejerce su función de juez y no creerlo cuando no la ejerce (en tanto que *simple* ciudadano)<sup>14</sup>.

ejemplo, sostiene que «la teoría de la libre valoración de la evidencia puede resumirse así: a) el tribunal debería determinar la “verdad objetiva (material)”, y b) para ese fin debería usar todos los medios para obtener el conjunto de enunciados de evidencia relevantes: c) se valora la evidencia al margen de cualquier norma jurídica, de acuerdo con las reglas aceptadas por la ciencia empírica y la experiencia común» (WRÓBLEWSKI, 1975, p. 211. *Vid.* también GASCÓN, 1999, pp. 157 ss.).

<sup>13</sup> Dado que, como afirma ENGEL (2000, p. 11), no somos responsables por nuestras creencias.

<sup>14</sup> Debe advertirse que cuando el contenido proposicional de la creencia incluye términos deícticos (como “éste”, “tu”, “ahora”, “aquí”, etc.) resulta obvio que el valor de verdad de esa proposición es dependiente del contexto: así, por ejemplo, el valor de verdad de “hoy llueve en Barcelona” depende del día al que la proposición expresada se refiera en cada caso (*vid.*, entre la abundante literatura al respecto, FREGE,

La independencia del contexto, propia de las creencias, plantea serios problemas para dar cuenta de la actitud proposicional implicada en la declaración de hechos probados cuando se produce una disociación entre ésta y las creencias del juez acerca de los hechos del caso. Sucede así, por ejemplo, cuando el juez (o, en su caso, el jurado) ha tenido conocimiento de un elemento de prueba que, posteriormente, ha sido inadmitido por razones de forma o por haber sido obtenido en violación de derechos fundamentales, etc. En esos casos, resulta inevitable que la información aportada por el elemento de prueba rechazado opere a los efectos de conformar la creencia del juez acerca de los hechos. En cambio, ese elemento de prueba no podrá ser tenido en cuenta a los efectos de determinar los hechos probados del caso. También se puede producir una disociación de este tipo si el juez tiene conocimientos extraprocerales sobre el caso que no han sido incorporados por ninguna de las partes al proceso; es obvio que esos conocimientos extraprocerales inciden en la conformación de las creencias del juez, pero tampoco en este supuesto pueden ser utilizados para determinar los hechos probados del caso.

Si esto es así, en ninguno de los casos expuestos podrá decirse que la actitud proposicional del juez, respecto de las proposiciones que declara probadas, pueda ser la creencia. Si se quiere ofrecer una explicación unitaria de esa actitud proposicional deberá acudirse, pues, a una actitud que no sea independiente del contexto y admita variación en función de los contextos prácticos en los que deba tomarse la decisión.

#### B. “Está probado que *p*” vinculado al conocimiento de *p* por parte del juez

Algunos autores han considerado insuficiente la tesis anterior, que reconstruye el resultado probatorio de los elementos de juicio aportados en términos de las creencias del juez acerca de aquello que se considera probado. Por ello, a los efectos de reforzar esa tesis incorporan la exigencia de que el juez *conozca* los hechos que declara probados. En esa línea, por ejemplo, afirma BULYGIN que

1918-1919, y PERRY, 1977 y 1979). En esos supuestos, pues, el (valor de verdad del) contenido proposicional de la creencia será dependiente del contexto, pero no así la creencia misma, no la actitud proposicional (BRATMAN, 1992, p. 3, nota 4).

«es importante destacar que los hechos son los que son y no los que los jueces y otros *officials* dicen que son. El dato de que el procedimiento de determinación de los hechos termine en una decisión del juez dotada de autoridad basada en los elementos probatorios producidos en un plazo limitado de tiempo no altera el hecho de que el procedimiento persigue la determinación de la verdad y que el juez tiene la obligación de buscarla [...]» (BULYGIN, 1995, p. 22).

«Pero una cosa es la verdad y otra, muy diferente, es el conocimiento de la verdad. Decimos que un sujeto *a* conoce que *p* cuando se dan, al menos, las tres siguientes condiciones: i) *p* es verdadero, ii) *a* cree que *p*, y iii) hay elementos probatorios suficientes para considerar que *p* ha sido probado. Esta tercera condición es de la mayor importancia; para sancionar a Tom el derecho requiere no sólo que el enunciado “Tom ha matado a Peter” sea verdadero, sino también que haya suficientes elementos probatorios de la verdad del enunciado» (BULYGIN, 1995, p. 20. En el mismo sentido, LAZZARONI, 1982, pp. 197 ss.)<sup>15</sup>.

Hay que advertir aquí que, desde el punto de vista del juez, es decir, de quien emite “Está probado que *p*”, no hay diferencia entre la exigencia de creencia (justificada) en *p* y la exigencia de conocimiento. En otras palabras, quien cree que es verdad que *p* y que el contenido de su creencia está justificado, necesariamente tiene que creer que conoce que *p* (VILORO, 1982, pp. 129 ss.). La distinción es, en cambio, importante desde el punto de vista del control de la decisión judicial por parte de terceros. En efecto, desde el punto de vista de un tercero es obvio que sí puede decirse que el sujeto *s* cree que *p*, pero que *p* es falsa y que, por tanto, *s* no conoce que *p*.

Ésta es ya una concepción que no conduce al subjetivismo en la decisión judicial sobre los hechos. En efecto, dado que uno de los requisitos necesarios para que pueda decirse que una proposición es conocida es que ésta sea verdadera y que la verdad de una proposición no depende de la voluntad o de las creencias de sujeto alguno, entonces se dispone de un criterio de control de la justificación de las decisiones judiciales sobre los hechos que es independiente del sujeto juzgador: la verdad de la proposición declarada probada.

<sup>15</sup> En una forma muy gráfica se expresa HÉLIE (1866-1867, p. 323), quien sostiene que «el objeto de todas las operaciones judiciales es adquirir el conocimiento de la verdad».

Ahora bien, en mi opinión, como ya he argumentado en diversas ocasiones en los dos capítulos anteriores, la verdad de una proposición es una exigencia demasiado fuerte para que pueda considerarse que la proposición está probada. En otros términos, creo que es plausible sostener una concepción de la prueba según la cual pueda resultar probada una proposición falsa. Y si se acepta este punto, entonces no puede sostenerse que en esos casos el juez conoce aquello que declara probado.

Por otra parte, dado que la creencia del juez en *p* es una de las condiciones requeridas para que pueda decirse que el juez conoce que *p*, resultan aplicables a esta segunda reconstrucción al menos buena parte de las objeciones que se han realizado anteriormente para la exigencia de la creencia del juez en las proposiciones que declara probadas. Esto es, en todos aquellos casos en los que el juez puede o debe decidir sobre los hechos del caso en contra de sus propias creencias no podrá decirse tampoco que el juez declara probado aquello que conoce o cree conocer (*vid.* MAZZARESE, 1996, p. 97).

Por todo ello, en mi opinión, tanto la creencia como el conocimiento deben ser descartados como formas de reconstruir de un modo general la actitud proposicional implicada en la fórmula “Está probado que *p*”.

### C. “Está probado que *p*” vinculado a la aceptación de *p* por parte del juez

El primer paso que debe darse para analizar esta posición es definir en qué consiste la aceptación de una proposición *p* cualquiera. Pues bien, no se puede decir que sea pacífica esa definición y tampoco que el término “aceptación” haya sido usado de manera uniforme en el ámbito filosófico. No obstante, a los efectos de este trabajo, tomaré inicialmente la noción delineada por L. Jonathan COHEN. Según este autor,

«la aceptación de una proposición *p* es un estado mental consistente en tener o adoptar la política de usar *p* en el razonamiento en algunos o en todos los contextos» (*vid.* COHEN, 1989, p. 368; 1992, p. 4)<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Pueden encontrarse en la literatura filosófica otras denominaciones para hacer

Pueden destacarse algunas características definitorias de la aceptación que tienen una particular importancia en el contexto del tema de estudio que nos ocupa. Para ello, seguiré de nuevo la exposición de ENGEL (1998, pp. 146 ss.).

a) En primer lugar, se trata, y esto es esencial, de un acto voluntario, es decir, el sujeto aceptante decide acerca de su aceptación, no es algo que *le ocurra*. Esto es debido a que las razones para aceptar una proposición, para usarla en el razonamiento, no tienen por qué ser epistémicas (COHEN, 1989, p. 369, y VAN FRAASSEN, 1989, p. 192). Es decir, no es necesario (aunque muchas veces se den conjuntamente) que se acepte una proposición porque se crea que es verdadera: «A los efectos profesionales [por ejemplo] un abogado puede aceptar que su cliente no es culpable incluso si no cree en ello» (COHEN, *idem*). Del mismo modo, un comerciante puede aceptar la premisa de que “el cliente siempre tiene la razón” e incorporarla a su razonamiento, aun cuando por razones obvias no crea que tal cosa sucede siempre. De este modo, el carácter fundamentalmente práctico de la aceptación le otorga el elemento de la voluntariedad (BRATMAN, 1992, pp. 10 ss., y ULLMANN-MARGALIT y MARGALIT, 1992, pp. 177 ss.). Es más, incluso cuando, como se verá más adelante, la creencia de que *p* es la razón para aceptar *p* (esto es, cuando se acepta por razones epistémicas), esta aceptación supone la decisión de aceptar aquello que se cree y no hay un paso automático

referencia (con algunos ligeros matices) a la misma actitud proposicional. A título de ejemplo vale la pena mencionar las de “creencia pragmática” (KANT, 1781-1787, A-824/B-852), “asentimiento” (DE SOUSA, 1971) o “consideración como verdadero” —*holding as true*— (ULLMANN-MARGALIT y MARGALIT, 1992). Dado que el análisis de los matices diferenciadores no es el objeto principal de este trabajo, evitaré entrar en ellos y asumiré la noción de aceptación de COHEN. Vale la pena, no obstante, aunque sólo sea por la relevancia clásica del autor, observar el parecido de la noción de “creencia pragmática” que usa KANT con la noción de “aceptación” que estoy presentando. Así, dice KANT que «el médico tiene que hacer algo ante el enfermo en peligro, pero no conoce la enfermedad. Observa los síntomas y decide, a falta de mejores conocimientos, que se trata de tisis. Su creencia, incluso en su propio juicio, es meramente accidental, ya que otro podría tal vez efectuar una estimación más acertada. Esa creencia, que es accidental, pero que sirve de base al uso real de los medios para ciertos actos, la llamo *creencia pragmática*» (KANT, *idem*. La cursiva es del autor). Una lectura atenta del pasaje muestra que en esa noción de creencia pragmática ya están presentes los elementos de voluntariedad (porque se “decide”), contextualidad (accidentalidad) y uso en ámbito práctico.

de la creencia a la aceptación<sup>17</sup>. Por ello, puede decirse que somos responsables por aquello que aceptamos y no lo somos, en cambio, por aquello que creemos (ENGEL, 2000, p. 11, y REDONDO, 1996, pp. 186-187).

b) El carácter esencialmente práctico de la aceptación, al que ya se ha hecho referencia, así como el hecho de que ésta no tenga que estar basada necesariamente en razones epistémicas (o, en otras palabras, que no tenga necesariamente pretensión de verdad —ENGEL, 1988, p. 146—), conlleva una característica adicional de especial importancia para el ámbito de problemas que me ocupa en este trabajo. En efecto, la aceptación, a diferencia de la creencia, es dependiente del contexto (BRATMAN, 1992, pp. 4 ss. y 9 ss., y ENGEL, 1998, p. 147). En palabras de STALNAKER (1984, pp. 80-81):

«Una persona puede aceptar algo en un contexto y rechazarlo o suspender el juicio en otro. Si esa discrepancia es puesta de manifiesto no supone conflicto alguno que deba resolverse y no necesita modificar su pensamiento para pasar de un contexto a otro»<sup>18</sup>.

Si la aceptación juega su papel fundamental en el razonamiento práctico, no resulta en absoluto extraño que pueda cambiar lo que se acepta en función del contexto de decisión o para el que se decide<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Una de las razones por las que ese paso no puede ser automático es el carácter gradual de las creencias, mientras que la aceptación tiene carácter cualitativo, no cuantitativo —no admite grados (BRATMAN, 1992, p. 2, y ENGEL, 1998, pp. 144 y 147).

<sup>18</sup> A grandes rasgos, creo que la caracterización presentada de la aceptación se corresponde con la noción que sostiene COHEN y que sirvió de punto de partida. No obstante, algunos autores (*vid.*, por ejemplo, BRATMAN, 1992, p. 11) han puesto en duda que para COHEN la aceptación sea independiente del contexto. En efecto, COHEN vincula esa actitud proposicional con la adopción de la política de usar la proposición. Aunque no queda claro qué significa “adoptar la política de”, parece admitir una interpretación que la haga incompatible con la relatividad contextual. En mi opinión, no obstante, es también posible una interpretación distinta, compatible con la independencia contextual de la aceptación. Creo, e insistiré en ello más adelante, que los ejemplos que COHEN ofrece en el ámbito de la prueba judicial son una buena muestra de ello. En el mismo sentido respecto de la interpretación de las ideas de COHEN, *vid.* ENGEL, 2000, pp. 9-10.

<sup>19</sup> Esto supone también que no es aplicable al conjunto de las proposiciones que aceptamos el ideal de integración racional, que sí es aplicable a las creencias (BRATMAN, 1992, pp. 4 y 9, y ENGEL, 1998, p. 147).

Con estas características podemos plantear ahora la utilidad de la noción de aceptación para dar cuenta de la actitud proposicional implicada de forma general en la declaración de hechos probados realizada por el juez en un proceso. En ese sentido, COHEN considera que

«[...] el veredicto declara aquello que el jurado acepta, no aquello en lo que cree» (COHEN, 1992, p. 120).

Además, un «importante factor que debe ser tenido en cuenta aquí es el alcance con el que los sistemas jurídicos regulan la prueba. Cualquier regulación de este tipo tiende a llamar la atención acerca de la posibilidad de que se produzca una divergencia entre la creencia y la aceptación como fundamento mental del veredicto del jurado. [...] Por ejemplo, cuando la prueba depende en algún aspecto de una presunción [...] el lego que es miembro del jurado tiene que ser capaz de acomodar la verdad presumida como razón para aceptar la conclusión propuesta pero puede ser incapaz de llegar a creer en esa conclusión» (COHEN, 1992, p. 122. También sostiene esta tesis MENDONCA, 2000, pp. 164 ss.).

En definitiva, las reglas sobre la prueba, en algunos casos, pueden obligar al juzgador a aceptar una premisa en su razonamiento probatorio, pero en ningún caso es posible obligarle a creer en ella.

Si se reconstruye la fórmula “Está probado que  $p$ ” de forma que suponga la actitud proposicional del juzgador consistente en aceptar que  $p$ , entonces resulta posible seguir preguntando acerca de las razones, la justificación, de esa aceptación (así parecen entenderlo también TARUFFO, 1992, pp. 266 ss., y FERRAJOLI, 1989, pp. 42 ss. y 122 ss., quien asume el criterio de la “aceptabilidad justificada” para la selección de las premisas fácticas del razonamiento del juez). El ordenamiento jurídico, en todo caso, podrá exigir o no la explicitación en la sentencia de las razones (esto es, de los elementos de juicio) que justifican la aceptación de  $p$  por parte del juez. Y será sobre la base de esos elementos de juicio que podrá evaluarse la decisión fáctica tomada por el juzgador. Podrá decirse, en fin, que el juez consideró probado (aceptó) que  $p$ , pero que en realidad  $p$  no estaba probado (su aceptación no estaba justificada), dados los elementos probatorios existentes en el expediente judicial.

Por otra parte, la relatividad al contexto de la aceptación permite dar cuenta de algunos rasgos propios del mecanismo de la decisión

judicial. Veamos para ello un par de ejemplos. Primer ejemplo: supóngase que en un proceso cualquiera se está juzgando si el sujeto  $s$  ha cometido un delito de estafa. Uno de los elementos constitutivos de la estafa es el engaño, por lo que deberá demostrarse que éste existió. Por hipótesis, cabe suponer que todos los elementos de juicio incorporados al expediente, excepto la declaración del presuntamente estafado, indican que el engaño no existió. Por todo ello, el juez declara probada la inexistencia del engaño y, en consecuencia, la inocencia del acusado. En ese sentido, en el contexto del proceso, el juez acepta la proposición que afirma la inexistencia del engaño y, por tanto, de la estafa. Ahora bien, supóngase también que la parte presuntamente estafada quiso incorporar al proceso una grabación obtenida en violación de derechos fundamentales del acusado en la que se puede oír una conversación de éste con un socio en la que reconoce y se vanagloria de la estafa. Esa prueba no fue admitida por la ilegitimidad del medio con el que fue obtenida. No obstante, está claro que el juez no puede dejar de tenerla en cuenta a la hora de conformar sus creencias acerca del tipo de comerciante que es  $s$ . Por ello, si el juez en su vida privada se encuentra en una ocasión posterior ante la oportunidad de decidir si realiza una operación comercial con  $s$ , es perfectamente posible (y razonable) que incorpore a (acepte en) su razonamiento práctico la premisa de que  $s$  ha cometido anteriormente una estafa y decida no comerciar con él.

Segundo ejemplo: supóngase que un mismo juez tiene que resolver dos procesos laborales en los que se plantea (por separado) la procedencia de los despidos de dos trabajadores de una misma empresa. Los motivos alegados por la empresa para el despido son los mismos en los dos casos: ambos trabajadores usaban el correo electrónico de la empresa para intercambiarse mensajes ofensivos respecto de compañeros de trabajo durante la jornada laboral. Ahora bien, por un descuido de la representación jurídica de la empresa, en uno de los procesos no se aporta un elemento de prueba imprescindible para acreditar esos motivos. Por ello, aun tratándose del mismo hecho, el juez puede (y debe) aceptar la proposición de que los trabajadores despedidos intercambiaban esos mensajes en uno de los procesos y no aceptarla en el otro. La aceptación de la proposición en cuestión, de nuevo, queda relativizada al contexto en que se decide, a cada uno de los procesos.

La dependencia del contexto propia de la aceptación es, pues, como acaba de verse, particularmente apropiada para dar cuenta de las decisiones judiciales sobre los hechos. Ello es así porque permite traducir, en términos de actitud proposicional, una característica importante de los enunciados que declaran hechos probados: su relación respecto de los elementos de prueba incorporados al expediente judicial.

#### a) *De nuevo sobre la creencia y los enunciados probatorios*

En las páginas que preceden, he hecho ya referencia a que las razones para aceptar una premisa fáctica pueden ser de tipo epistémico: el juzgador, en ese caso, adoptaría  $p$  como premisa de su razonamiento porque tendría elementos de juicio suficientes para aceptar  $p$ . En otros casos, en cambio, las razones para aceptar pueden ser de tipo normativo: el sistema jurídico, por aplicación de alguna regla sobre la prueba, le obligaría a aceptar  $p$  como premisa de su razonamiento.

Cuando las razones para aceptar una proposición son de tipo epistémico se plantea de nuevo la relación entre esa aceptación y la creencia. Por ello, conviene volver atrás por un momento y decir algo acerca de esa relación, de forma general y también en particular respecto de los enunciados probatorios.

Son muchas las formas en que se ha planteado filosóficamente la relación entre la creencia y la aceptación. En muchos casos las diferencias son, no obstante, de matiz. Por ello, dado que no es el objeto principal de este trabajo, no presentaré de forma exhaustiva esas diferencias (puede verse una buena presentación en ENGEL, 2000).

Como ha puesto de manifiesto COHEN (1992, p. 17), la relación más obvia entre la creencia y la aceptación es que la primera puede ser, al menos, una razón *prima facie* para la segunda. Esto es, en muchas ocasiones, quizás en la mayoría, aceptamos una proposición y la incorporamos a nuestro razonamiento porque creemos en ella. Si es así, podría decirse que la aceptación es una especie de *metaactitud* respecto de la creencia (ENGEL, 2000, p. 6). O, en otros términos, que prefiero, puede decirse que en los supuestos en que la creencia

en  $p$  opera como razón para aceptar  $p$ , la aceptación superviene a la creencia (ENGEL, 1998, p. 148). Ahora bien, como ya he pretendido mostrar en las páginas anteriores, ello no autoriza a confundir ambas cosas.

Si planteamos este problema de forma aplicada al caso de los enunciados probatorios conviene hacer algunas observaciones adicionales. En primer lugar, un enunciado probatorio tiene la forma “Está probado que  $p$ ”. En él, como es fácil observar, están expresadas dos proposiciones: “ $p$ ” y “Está probado que  $p$ ” relacionadas meta-lingüísticamente. En el primer capítulo he dedicado bastante espacio a mostrar que (en los casos de libre valoración de la prueba) el enunciado probatorio “Está probado que  $p$ ” debe ser entendido (y expresado por el juez) con fuerza descriptiva. Describe la existencia en el expediente judicial de elementos suficientes a favor de  $p$  y es, por tanto, susceptible de verdad o falsedad. Pues bien, para que un enunciado sea susceptible de verdad o falsedad debe poder ser la expresión de una creencia (a diferencia de los enunciados prescriptivos, que expresarían deseos). Si esto es así, puede concluirse que en los supuestos de libre valoración de la prueba los enunciados probatorios están vinculados con la creencia. Ahora bien, es importante advertir que ello no supone que la creencia del juez deba estar referida a  $p$ , sino más bien a “Está probado que  $p$ ”. Esto es, se vincula con la creencia de que hay elementos de juicio suficientes a favor de  $p$ . En esos casos (que cada vez son más mayoritarios), la creencia del juez en que está probado que  $p$  opera como razón (epistémica) para aceptar  $p$ . La aceptación de  $p$  superviene a la creencia de que “Está probado que  $p$ ”.

Ahora bien, dado que la suficiencia de los elementos de juicio a favor de  $p$  es puramente relacional al conjunto de elementos de juicio existentes en el expediente judicial, no puede decirse sin más que la creencia en que está probado que  $p$  pueda ser una razón suficiente para creer en  $p$ . Por ello, el decisor puede creer lo primero sin creer en lo segundo. Si lo mismo se pone en términos del valor de verdad de las proposiciones, se observa que puede ser verdadera  $p$  y no serlo “Está probado que  $p$ ”, y a la inversa <sup>20</sup>.

<sup>20</sup> La independencia entre el valor de verdad del enunciado probatorio y el valor de verdad de la proposición que se declara probada ya ha sido defendida en los capítulos anteriores. Por otra parte, el mismo esquema se repite en los enunciados

En cambio, cuando la valoración de la prueba está tasada, la razón para aceptar  $p$  ya no es de tipo epistémico, sino normativo. Por ello, en esos supuestos, la aceptación de  $p$  queda absolutamente desvinculada de la creencia en “Está probado que  $p$ ”.

### 3. PRUEBA, VERDAD Y JUSTIFICACIÓN

Para cerrar este estudio general de las nociones de prueba, hecho probado y de enunciado probatorio vale la pena realizar alguna consideración acerca de la idea de justificación de las decisiones judiciales en materia de hechos.

Terminé el capítulo segundo haciendo referencia a la conveniencia de distinguir entre que una proposición esté probada y que haya sido tenida por probada por algún sujeto (en particular, por un juez). Esta distinción corría paralela a otra, a saber, la distinción entre la aceptabilidad de  $p$  y la aceptación de  $p$  como dato empírico. Pues bien, a partir de lo dicho en los párrafos inmediatamente precedentes, puede distinguirse también entre el hecho de que el juez crea que existen elementos de juicio suficientes en favor de  $p$  y que esta creencia resulte justificada. En el primer caso, podrá decirse que el juez *crea que tiene razones* (epistémicas) para aceptar  $p$ . En cambio, en el segundo, podrá decirse que *tiene razones* (epistémicas) para aceptar  $p$  o, lo que es lo mismo, que la aceptación de  $p$  está justificada o, *tout court*, que  $p$  es aceptable<sup>21</sup>.

Esta concepción permite dar cuenta de la falibilidad del juez en la selección de las premisas fácticas de su razonamiento. En efecto,

que atribuyen actitudes proposicionales, que tienen la forma “S cree (acepta, sabe, etc.) que  $p$ ”. También aquí, como ya señaló FREGE (1892), el valor de verdad de la proposición completa que atribuye la actitud proposicional es independiente del valor de verdad de la proposición mencionada en ella.

<sup>21</sup> Dicho de otro modo, siempre que la aceptación se deba a razones epistémicas, puede vincularse la aceptación de  $p$  a la creencia de que hay elementos de juicio suficientes a favor de  $p$  (insisto: no a la creencia en  $p$ , necesariamente). Ambos, aceptación y creencia, son aquí datos empíricos contingentes. En cambio, la aceptabilidad de  $p$  está vinculada con la creencia justificada, o mejor, la credibilidad, de que hay elementos de juicio suficientes a favor de  $p$  (y esto es independiente de la creencia real que tenga el decisor en cada caso). Así, la aceptabilidad no se vincula con el hecho de que el juez crea que hay elementos de juicio suficientes y que esa creencia esté justificada, sino con la justificación de la creencia de que hay esos elementos de juicio, con independencia de si el juez lo cree o no.

puede decirse que el juez *se equivocó* en la selección de esas premisas si consideró que la aceptación de las mismas (su uso en el razonamiento) estaba justificada y no lo estaba, o a la inversa. Esto es, si los elementos de juicio disponibles en el proceso no justificaban la adopción de las premisas fácticas adoptadas (o sí la justificaban y no fueron adoptadas) y no tenía una obligación jurídica de resolver como lo hizo sobre la base de alguna regla sobre la prueba. Obsérvese que lo relevante aquí son los elementos de juicio a favor de  $p$  y no la verdad de  $p$ : a los efectos de la prueba, el juez también habrá resuelto inadecuadamente si declara probada  $p$  (y la incorpora a su razonamiento decisorio), siendo  $p$  verdadera, si no había elementos de juicio suficientes a su favor, esto es, si acierta por casualidad.

Se distingue, entonces, entre el hecho de que esté probado  $p$  y el hecho de que el juez haya tenido por probado  $p$ . Los dos hechos pueden darse conjuntamente (lo que estaría exigido por una concepción garantista de la prueba), pero también puede darse cualquiera de los dos sin la ocurrencia del otro: es decir, puede suceder que el juez tenga por probado  $p$ , aun cuando no había elementos suficientes a favor de  $p$  y también que se disponga de esos elementos suficientes en el expediente judicial ( $p$  esté probado) y ello no sea declarado por el juez.

Es importante aquí distinguir este supuesto de un segundo sentido, en el que se puede hablar de falibilidad en la decisión sobre los hechos: en efecto, es posible que la decisión judicial esté justificada, en el sentido en que los elementos probatorios disponibles en el proceso y las reglas procesales sobre la prueba justifiquen las premisas aceptadas por el juez, y que, en cambio, los hechos sucedieran, en realidad, de otro modo. Es esos casos, se puede decir que los hechos declarados por el juez como probados lo estaban efectivamente, aunque las proposiciones descriptivas de los hechos resultan falsas<sup>22</sup>.

En todos los casos, sin embargo, la aceptación de  $p$  hace que ésta se incluya en el razonamiento *como si* fuera verdadera. Esto

<sup>22</sup> En algún sentido, puede decirse que en esos supuestos no se da error judicial. Dado que se trata de supuestos en los que el juez está jurídicamente (y, en algunas ocasiones, racionalmente) obligado a declarar probados los hechos, a lo sumo podrá decirse que ha fracasado el sistema jurídico en la búsqueda de la verdad, pero no que el juez haya cometido error alguno en la valoración de los medios de prueba disponibles. *Vid.*, en el mismo sentido, FORIERS, 1981, pp. 12-13.

es, se acepta  $p$  como premisa verdadera (lo sea o no). El sistema jurídico establece en sus normas sustantivas una serie de consecuencias jurídicas para el caso en que se den ciertos supuestos de hecho. Las reglas sobre la prueba y la actividad probatoria sirven para determinar en cada caso si se han producido o no esos supuestos de hecho. Por ello, de forma independiente de las razones que se tengan para aceptar la premisa fáctica, ésta se incluye en el razonamiento *como si fuera verdadera*<sup>23</sup>, esto es, como si el supuesto de hecho se hubiera producido<sup>24</sup>.

Ahora bien, aun suponiendo que todo lo anterior sea correcto, queda un punto de insatisfacción en la reconstrucción defendida. Así, el rechazo de la relación conceptual entre prueba y verdad hace perfectamente posible que resulte probada una proposición falsa y, por tanto, que se resuelva el caso judicial sobre la base de proposiciones fácticas falsas<sup>25</sup>. ¿Puede decirse, entonces, que la decisión judicial está justificada? Parecería que, en la medida en que la proposición fáctica esté probada (aunque sea falsa) debiera responderse afirmativamente. Es más, resulta sensato considerar que no se puede pedir más al proceso judicial para que su resolución final esté justificada: que se base en hechos probados y que realice una correcta aplicación del Derecho a esos hechos (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1989, p. 313). Pero siempre queda una intuición contraria si las proposiciones sobre los hechos son falsas<sup>26</sup>.

Creo que es factible dar cuenta de estas intuiciones contradictorias poniendo un poco más de atención en la noción de decisión judicial y en la de *justificación*. Para ello, seguiré algunas de las ideas contenidas en un trabajo de Ricardo CARACCILO (1988).

<sup>23</sup> *Vid.*, al respecto, ULLMANN-MARGALIT y MARGALIT (1992).

<sup>24</sup> WRÓBLEWSKI afirma, en esa línea, que «una peculiaridad de la aplicación judicial del Derecho es que la base fáctica de las decisiones judiciales es un enunciado existencial *tratado como* un enunciado verdadero» (WRÓBLEWSKI, 1992, p. 152. La cursiva es mía).

<sup>25</sup> Como muestra acertadamente COHEN (2000, pp. 55 ss.), ni la aceptación ni la aceptabilidad de  $p$  implica  $p$ , lo que permite que pueda darse el caso planteado en el texto.

<sup>26</sup> A esta insatisfacción se refiere TARUFFO (1992, p. 46) cuando afirma que «parece, en efecto, intuitivo que la norma resultaría injustamente aplicada y sería, pues, violada, si las consecuencias jurídicas previstas por la misma se aplicaran a un caso en el que el supuesto de hecho en cuestión no se hubiera producido». En el mismo sentido, ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1989, p. 312, y FERRUA, 1999, p. 217.

CARACCILO (1988, p. 41) pone de manifiesto que la expresión “decisión judicial” es ambigua. En un primer sentido, hace referencia al acto de emisión de una resolución judicial, en particular, de una norma individual. En un segundo sentido, hace referencia al resultado de ese acto, es decir, a la norma individual emitida (en palabras menos precisas, si se quiere, al contenido de la decisión). Así cuando nos preguntemos acerca de la justificación de una decisión judicial habrá que observar en cuál de los sentidos señalados se usa la expresión<sup>27</sup>.

Por otra parte, según CARACCILO, la noción de justificación es relacional. Un acto o una norma están justificados con relación a un conjunto de razones. Cabe preguntarse, entonces, por las condiciones necesarias y suficientes para que la decisión judicial como norma esté justificada y para que lo esté la decisión judicial como acto. Respecto de la decisión como norma, parece claro que la conclusión a la que se llegue estará justificada sólo si se deriva de las premisas, fácticas y normativas, adoptadas en el razonamiento<sup>28</sup>. Pero, además, parece también exigible que el razonamiento sea sólido, esto es, que las premisas utilizadas sean verdaderas (BECCARIA, 1764, pp. 35 ss.; FERRAJOLI, 1989, p. 43). En otras palabras, justificar una norma individual consiste en mostrar que ésta es el resultado de la aplicación de una norma general a un hecho (que puede ser subsumido en el supuesto de hecho de esa norma general). Y sólo es posible aplicar una norma general a un hecho si éste ha ocurrido realmente y, por tanto, si la premisa fáctica que lo describe es verdadera. En conclusión, una decisión judicial como norma estará justificada si, y sólo si, se deriva de las premisas del razonamiento y las premisas fácticas son verdaderas (CARACCILO, 1988, p. 43).

Por su parte, la decisión judicial como acto no admite una noción de justificación como la anterior por una razón muy simple: no hay relaciones lógicas entre normas y actos o entre proposiciones y actos. Por ello, no puede decirse que la decisión-acto está justificada si se deriva de las premisas fácticas y normativas. Un sentido de la noción de justificación sí utilizable para este supuesto hace referencia, en cambio, a la idea de cumplimiento o incumplimiento de las

<sup>27</sup> También FERRUA (1999, pp. 217 ss.) distingue los dos sentidos de justificación de las decisiones judiciales señalados por CARACCILO.

<sup>28</sup> Lo que corresponde a la idea de justificación interna delineada por WRÓBLEWSKI, 1971, p. 412.

normas que regulan ese acto (CARACCILO, 1988, p. 44). Así, la decisión judicial, en el sentido del acto de adoptar una determinada resolución, estará justificada si su realización está permitida o es obligatoria según las normas que regulan esa actuación.

De este modo, puede suceder que el acto de adopción de una decisión judicial esté justificado y que, en cambio, no lo esté el contenido de esa decisión, esto es, la norma individual. Esto permite dar cuenta de las dos intuiciones contradictorias señaladas anteriormente, ya que explica que consideremos injustificada, por ejemplo, la condena a alguien por un hecho que no realizó y, contemporáneamente, que consideremos correcto o justificado el acto o decisión de condenarlo (a la luz de los elementos de juicio disponibles).

Además, una distinción como la trazada permite dar cuenta de otro problema, a saber, la relación entre las normas sustantivas y las normas procesales a la hora de justificar una decisión (NESSON, 1985, p. 1357). Si tomamos en consideración la justificación de la decisión como norma individual, las normas generales implicadas son, fundamentalmente, las normas sustantivas. Esto es, aquellas que establecen la consecuencia jurídica para el supuesto de hecho que se trata de juzgar y que entran a formar parte del razonamiento como premisas. En cambio, la justificación de la decisión judicial como acto depende del cumplimiento de las normas que lo regulan, esto es, de las normas procesales, principalmente.

Pero si estamos ante dos sentidos distintos de “justificación” y de “decisión judicial”, puede suceder que el acto de decisión esté justificado y el contenido de la decisión, la norma individual, no lo esté; y entonces cabe preguntarse por los efectos jurídicos que se producen a partir de esa divergencia. Obviamente, éste es un tema objeto de regulación particular por cada ordenamiento jurídico y no puede ofrecerse una respuesta general al mismo. Además, en cada ordenamiento jurídico puede no estar prevista una consecuencia jurídica unitaria para todos los supuestos de injustificación de la decisión-acto o de la decisión-norma.

En el caso de la decisión acerca de los hechos probados cabe distinguir también entre el acto de decisión y el contenido de la misma. Este último consiste en la premisa (o proposición) fáctica que se introduce en el razonamiento decisorio. De acuerdo con el análisis que se ha desarrollado, la decisión-acto estará justificada si la pro-

posición fáctica es aceptable, esto es, si existen en el expediente judicial elementos de juicio suficientes a su favor. Desde el punto de vista del contenido, en cambio, la premisa sólo estará justificada si es verdadera.

Los ordenamientos jurídicos modernos establecen normalmente límites al replanteamiento del contenido de la decisión, en nuestro caso, a la discusión acerca de la verdad de las premisas fácticas. Se prevé la existencia de recursos en que ese contenido puede ponerse en cuestión, pero una vez la decisión ha adquirido firmeza (ya sea por agotamiento de los recursos posibles o por no haberse utilizado los recursos disponibles), el Derecho hace prevalecer el interés de que los procesos tengan un límite temporal más o menos definido y otorga efectos jurídicos definitivos a la decisión adoptada. Quedan sólo algunos casos, en los que se considera que la injustificación de la decisión-norma (por ser falsa una o alguna de las premisas fácticas) debe permitir un nuevo replanteamiento de la cuestión (aun cuando la decisión-acto estuviera justificada) a pesar de que la sentencia haya adquirido firmeza (FERRUA, 1999, pp. 217-218). En esos supuestos se prevén recursos extraordinarios, como el recurso de revisión en el Derecho español<sup>29</sup>.

Llegados a este punto, podría cerrarse este estudio con una conclusión como ésta: lejos de ser necesario *desterrar* la noción de verdad para obtener frutos en el análisis de la noción de prueba, es imprescindible comprender adecuadamente las relaciones entre ambos conceptos para captar muchos de los aspectos problemáticos que rodean al segundo en el ámbito del Derecho. Otra cosa es que la prueba de una proposición sobre un hecho no exija la verdad de la proposición. ¡Pero de que la prueba y la verdad no sean hermanas no se deduce que no tengan una estrecha relación de parentesco!

<sup>29</sup> Vid. los arts. 510 ss. LEC para el recurso de revisión en el proceso civil y los arts. 954 ss. LECr para el mismo recurso en el proceso penal.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ, J.: «Nota sobre "Presunciones" de Daniel Mendonca», en *Doxa*, núm. 22, 1999.
- ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E.: «Limits of Logic and Legal Reasoning», en MARTINO, A. A. (ed.): *Preproceedings of the III International Conference on Logica, Informatica, Diritto*, vol. II, Firenze, 1989; citado por la versión castellana: «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E.: *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALMAGRO NOSETE, J.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V., y MORENO CATENA, V.: *Derecho procesal*, vols. I y II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.
- ALSINA, H.: *Tratado teórico-práctico de Derecho procesal civil y comercial*, 2.ª ed., vol. III, Buenos Aires, Ediar, S. A., Editores, 1961.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», en *Doxa*, núm. 12, 1992.
- «La función de las garantías en la actividad probatoria», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 29: *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993.
- «"Carpintería" de la sentencia penal (en material de "hechos")», en *Poder judicial*, núm. 49, 1998.
- «La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia», en *Estudios de Derecho judicial*, núm. 32, 2000.
- «Sobre prueba y proceso penal», en *Discusiones*, núm. 3, en prensa (citado por el manuscrito), 2002.
- ARAZI, R.: *La prueba en el proceso civil. Teoría y práctica*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1986.

- AUSTIN, J. L. (1962): *How to do things with words*, Oxford Clarendon Press; citado por la versión castellana: *Cómo hacer cosas con palabras*, Barcelona, Paidós, 1990.
- BECCARIA, C. (1764): *Dei delitti e delle pene*; citado por la edición castellana: *De los delitos y de las penas* (trad. de De las Casas, J. A.), Madrid, Alianza, 1998.
- BENTHAM, J.: *Tratado de las pruebas judiciales* (trad. de Ossorio, M.), Buenos Aires, EJE, 1823.
- BOBBIO, N. (1955): «Sul ragionamento dei giuristi», en *Rivista di diritto civile*, I; citado por la reedición, bajo el título «Ragionamento giuridico», en íd., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994.
- BONNIER, E.: *Tratado teórico-práctico de las pruebas en Derecho civil y penal*, vol. I, Madrid, Revista de Legislación, 1869.
- BONORINO, P.: «Lógica y prueba judicial», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, tomo XVI, 1990.
- BULOW, O. (1899): *Das Geständnisrecht ein Beitrag zur Allgemeinen theorie der rechtshanollungen*, Friburg (citado a través de SERRA DOMÍNGUEZ, M., 1962).
- BULYGIN, E.: «Cognition and Interpretation of Law», en GIANFORMAGGIO, L., y PAULSON, S. (eds.): *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, 1995.
- BRAITHWAITE, R. B. (1932-1933): «The Nature of Believing», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 33; reed. en GRIFFITHS, A. Ph. (ed.): *Knowledge and Belief*, Oxford, Oxford University Press, 1967, por el que se cita.
- BRATMAN, M.: «Practical Reasoning and Acceptance in a Context», en *Mind*, vol. 101, 1992.
- CABAÑAS, J. C.: *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Madrid, Trivium, 1992.
- CARACCILO, R.: «Justificación normativa y pertenencia. Modelos de decisión judicial», en *Análisis filosófico*, vol. VIII, núm. 1, 1988.
- CARNELUTTI, F.: *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, Cedam, 1936.
- *La prova civile*, 2.<sup>a</sup> ed., Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1947.
- CARRIÓ, G. (1965): *Notas sobre derecho y lenguaje*; citado por la 4.<sup>a</sup> ed., corregida y aumentada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- CARRARA, F.: *Programa del curso de Derecho criminal, Parte general*, vol. II (trad. Soler, S.; Gavier, E. R., y Núñez, R. C.), Buenos Aires, Depalma, 1944.
- CELANO, B.: «Judicial Decision and Truth. Some Remarks», en GIANFORMAGGIO, L., y PAULSON, S. (eds.): *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, 1995.
- CIEŚLAK, M. (1955): *Zagadnienia dowodowe w processe karnym*, Warszawa, PWN (citado a través de WRÓBLEWSKI, 1992).

- CHIARLONI, S.: «Processo civile e verità», en *Questione giustizia*, núm. 3, 1987.
- CLARKE, D.: «The possibility of acceptance without belief», en ENGEL, P. (ed.): *Believing and Accepting*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer, 2000.
- COHEN, L. J.: «Belief and Acceptance», en *Mind*, vol. XCVIII, núm. 391, 1989.
- «Should a Jury Say What It Believes or What It Accepts?», en *Cardozo Law Review*, núm. 13, 1991.
- *Belief and Acceptance*, Oxford, Oxford University Press, 1992.
- «Why Acceptance thap *p* does not Entail that *p*», en ENGEL, P. (ed.): *Believing and Accepting*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer, 2000.
- COMANDUCCI, P.: «Kelsen e la clausola alternativa tacita», en COMANDUCCI, P.: *Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli, 1998.
- COMANDUCCI, P., y GUASTINI, R.: «Razionalità e legalità nel giudizio penale», en BASCIU, M. (ed.): *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino*, Padova, Cedam, 1998.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V., y MORENO CATENA, V.: *Derecho procesal civil. Parte general*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, Colex, 2000.
- COUTURE, E. J.: *Los fundamentos del Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Aniceto López, 1942.
- *Vocabulario jurídico, con especial referencia al Derecho procesal positivo vigente uruguayo*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1960.
- DAMAŠKA, M.: «The Death of Legal Torture», en *Yale Law Journal*, núm. 87, 1978.
- *The Faces of Justice and State Authority: A comparative approach to the legal process*, New Haven-London, Yale University Press, 1986.
- DE SANTO, V.: *El proceso civil*, t. II, Buenos Aires, EUDEBA, 1988.
- *Diccionario de derecho procesal*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1991.
- DE SOUSA, R.: «How to give a piece of your mind: or, the logic of belief and assent», en *Philosophical Review*, vol. XXXV, 1971.
- DEVIS ECHANDÍA, H.: *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, 5.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Víctor P. de Zavalia editor, 1981.
- DI LELLA, P.: *Paternidad y pruebas biológicas*, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- ENGEL, P.: «Believing, holding true, and accepting», en *Philosophical Explorations*, núm. 2, 1998.
- «Introduction: the Varieties of Belief and Acceptance», en ENGEL, P. (ed.): *Believing and Accepting*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer, 2000.
- ESCANDELL, M.<sup>a</sup> V. (1996): *Introducción a la pragmática*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Ariel, 1999.
- FENECH, M.: *Derecho procesal penal*, 3.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Labor, 1960.
- FERRAJOLI, L. (1989): *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 5.<sup>a</sup> ed., Roma, Laterza, 1998.

- FERRER, J.: *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- «Diritto alla prova e razionalità delle decisioni giudiziarie», en *Ragion pratica*, 20, 2002.
- FERRUA, P.: «Il giudizio penale: fatto e valore giuridico», en FERRUA, P.; GRIFANTINI, F.; ILLUMINATI, G., y ORLANDI, R.: *La prova nel dibattimento penale*, Torino, Giappichelli, 1999.
- FORIERS, P.: «Introduction au droit de la preuve», en PERELMAN, Ch., y FORIERS, P.: *La preuve en droit*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1981.
- FRANK, J. (1930): *Law and the Modern Mind*, New York, Anchor Books, 1963.
- *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*, Princeton, Princeton University Press, 1949.
- (1951): «Short of sickness and death: a study of moral Responsibility in Legal Criticism», en *New York University Law Review*, vol. 26, núm. 4; citado por la versión castellana: *Derecho e incertidumbre*, México, D. F., Fontamara, 1991.
- FREGE, G. (1892): «Über Sinn und Bedeutung», en *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, vol. 100; citado por la versión castellana: «Sobre el sentido y la denotación», en SIMPSON, T. M. (ed.): *Semántica filosófica. Problemas y discusiones*, Buenos Aires, Siglo XXI Argentina, 1973.
- (1918-1919): «Der Gedanke», en *Beiträge zur Philosophie des deutschen Idealismus*, I; citado por la versión castellana: «El pensamiento: una investigación lógica» (trad. Pereda, C.), en VALDÉS, M. M. (ed.): *Pensamiento y lenguaje. Problemas en la atribución de actitudes proposicionales*, México, D. F., UNAM, 1996.
- FROSINI, B.: *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2002.
- FURNO, C.: *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, Cedam, 1940.
- GÄRDENFORS, P.: *Knowledge in Flux. Modeling the Dynamics of Epistemic States*, Cambridge, Massachusetts, The Mit Press Coop., 1988.
- GASCÓN, M.: *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999.
- «Sobre la racionalidad de la prueba judicial», en TRIOLO, L.: *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Torino, Giappichelli, 2001.
- «Concepciones de la prueba. Observación a propósito de *Considerazioni su prova e verità*, de Michele Taruffo», en *Discusiones*, núm. 3, 2002, en prensa. Citado por el manuscrito.
- GIULIANI, A.: «Prova (filosofía)», en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1988.
- GONNER, N. Th. (1804): *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, t. II, 2.ª ed., Erlangen. Citado a través de CABAÑAS, 1992.
- GUASP, J. (1956): *Derecho procesal civil*, I, Madrid, Civitas; 4.ª ed. revisada y adaptada por P. Aragoneses, 1998.

- GUTIÉRREZ CABRIA, S.: *Estadística para las ciencias jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.
- HARE, R. M.: *The Language of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1952.
- HAZARD, G. C., y TARUFFO, M.: *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, Il Mulino, 1993.
- HÉLIE, F.: *Traité de l'instruction criminelle*, 2.ª ed., Paris, Henri Plom Editeur, 1866-1867.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R.: *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- HUME, D. (1739-1740): *Tratado de la naturaleza humana*, Madrid, Tecnos, 1992.
- IGARTUA, J.: *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- «La prueba de los hechos», en BARRÈRE, M.ª A.; CAMPOS, A.; EZQUIAGA, F. J., e IGARTUA, J.: *Lecciones de teoría del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- JIMÉNEZ ASENJO, E.: *Derecho procesal penal*, vol. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, s. f.
- KANT, I. (1781-1787): *Kritik der reinen Vernunft*; citado por la versión castellana: *Crítica de la razón pura* (trad. Ribas, P.), Madrid, Alfaguara, 2000.
- KELSEN, H. (1945): *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press; citado por la versión castellana: *Teoría General del Derecho y del Estado* (trad. García Maynez, E.), México, D. F., UNAM, 1988.
- (1960): *Reine Rechtslehre, zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage*, Wien; citado por la versión castellana: *Teoría Pura del Derecho*, 2.ª ed. (trad. Vernengo, R. J.), México, D. F., UNAM, 1986.
- LARENZ, K. (1960): *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Heidelberg, Springer Verlag; 4.ª ed., 1979; citado por la versión castellana: *Metodología de la ciencia del derecho* (trad. Rodríguez Molinero, M.), Barcelona, Ariel, 1994.
- LAZZARONI, L. J.: *El conocimiento de los hechos en el proceso civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982.
- LIEBMAN, E. T.: *Manual de derecho procesal civil* (trad. Sentís Melendo, S.), Buenos Aires, EJE, 1980.
- LEVI, I.: *The Fixation of Belief and Its Undoing. Changing beliefs through inquiry*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.
- LEVY-BRUHL, H.: *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, Paris, Librairie Marcel Rivière et Cie., 1964.
- LOMBARDO, L. G.: «Riflessioni sull'attualità della prova legale», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, año XLVI, núm. 2, 1992.
- «Ricerca della verità e nuovo processo penale», en *Cassazione penale*, 1993.

- LOSONSKY, M.: «On Wanting to Believe», en ENGEL, P. (ed.): *Believing and Accepting*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer, 2000.
- MACCORMICK, N. (1989): «Legal Predicates and Expert Systems», comunicación presentada en el Simposio Internacional en Honor de O. Weinberger, Graz, 1989; citado a través de ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1989.
- MAZZARESE, T.: *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, Giapichelli, 1996.
- MENDONCA, D.: *Interpretación y aplicación del derecho*, Almería, Servicio de publicaciones de la Universidad de Almería, 1997.
- *Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- MERKL, A. (1925): «Justizirrtum und Rechtswahrheit», en *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft*, núm. 45; citado por la versión italiana: «Errore giudiziario e verità legale», en MERKL, A.: *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, Giuffrè, 1987.
- MIRANDA ESTRAMPES, M.: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1997.
- MONTERO AROCA, J.: «La cosa juzgada: conceptos generales», en *Cuadernos de Derecho Judicial: Efectos jurídicos del proceso (cosa juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas)*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995.
- *La prueba en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1996; 2.<sup>a</sup> ed., 1998.
- «Nociones generales sobre la prueba. Entre el mito y la realidad», en *Cuadernos de Derecho Judicial: La Prueba*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000.
- *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- MORENO, J. J.: «Sobre normas inconstitucionales», en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 38, 1993.
- «Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)», en *Doxa*, núm. 24, 2001.
- MUÑOZ CONDE, F.: *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Sevilla, Servicio editorial de la Universidad Pablo de Olavide, 1999.
- NAYLOR, M. B.: «Voluntary Belief», en *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. XLV, núm. 3, 1985.
- NESSON, Ch.: «The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts», en *Harvard Law Review*, vol. 98, núm. 7, 1985.
- NICOLÁS, J. A., y FRÁPOLLI, M.<sup>a</sup> J.: *Teorías de la verdad en el siglo XX*, Madrid, Tecnos, 1997.
- NIETO, A.: *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000.
- OPPENHEIM, F.: «The Judge as Legislator», en GIANFORMAGGIO, L., y PAULSON, S. (eds.): *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, 1995.
- PASTORE, B.: *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano, Giuffrè, 1996.

- PERRY, J.: «Frege on Demonstratives», en *Philosophical Review*, núm. 86, 1977.
- «The Problem of the Essential Indexical», en *Noûs*, núm. 13, 1979.
- PICÓ I JUNOY, J.: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1996.
- POSNER, R. A.: *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Harvard University Press (Mass.), 1990.
- QUESADA, D.: *Saber, opinión y ciencia*, Barcelona, Ariel, 1998.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: «Problemas de la prueba en el proceso penal», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1960.
- REDONDO, C.: *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- RESCHER, N., y JOYNT, C. B.: «Evidence in History and in the Law», en *The Journal of Philosophy*, vol. LVI, núm. 13, 1959.
- RESNIK, M. (1987): *Choices. An Introduction to Decision Theory*, University of Minnesota; citado por la versión castellana: *Elecciones. Una introducción a la teoría de la decisión*, Barcelona, Gedisa, 1998.
- RUIZ MANERO, J.: *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- SAAB, S.: «Creencia», en VILLORO, L. (ed.): *El conocimiento. Enciclopedia iberoamericana de filosofía*, vol. 20, Madrid, Trotta-CSIC, 1999.
- SENTÍS MELENDO, S.: *La prueba*, Buenos Aires, EJE, 1979.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M. (1962): «Contribución al estudio de la prueba», en *Revista jurídica de Cataluña*; citado por la edición incluida en *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, Ariel, 1969.
- «El derecho a la prueba en el proceso civil», en *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Granada, Comares, 1984.
- STALNAKER, R.: *Inquiry*, Cambridge, Mass, MIT Press, 1984.
- STEIN, F. (1893): *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*; citado por la versión castellana: *El conocimiento privado del juez*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- STELLA, F. (2001): *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 2.<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2002.
- SUMMERS, R. S.: «Formal Legal Truth and Substantive Truth in Judicial Fact-Finding», en *id.: Essays in Legal Theory*, Dordrecht-London-Boston, Kluwer Academic Publishers, 2000.
- TARSKI, A. (1931): «The Concept of Truth in Formalized Languages», ahora en *id.: Logic, Semantics, Metamathematics* (trad. Woodger, J. H.), Indianapolis, Hackett Publishing Company, 1983.
- TARUFFO, M.: *La motivazione della sentenza civile*, Padova, CEDAM, 1975.
- «Il diritto alla prova nel processo civile», en *Rivista di diritto processuale*, vol. I, 1984.
- «Note per una riforma del diritto delle prove», en *Rivista di diritto processuale*, año XLI (segunda serie), núms. 2-3, 1986.

- *La prova dei fatti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1992.
- «Elementi per un'analisi del giudizio di fatto», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, año XLIX, fasc. 3, 1995a.
- «La valutazione delle prove. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova», en *Documenti Giustizia*, núm. 6, 1995b.
- «Funzione de la prova: la funzione dimostrativa», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, año LI, fasc. 3, 1997.
- TAPIA, I.: *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, Madrid, La Ley, 2000.
- TOMÁS Y VALIENTE, F.: «*In dubio pro reo*, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, mayo-agosto, 1987.
- TWINING, W.: *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Evanston, Illinois, Northwestern University Press, 1994.
- UBERTIS, G.: *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, Utet Libreria, 1995.
- ULLMANN-MARGALIT, E.: «On presumption», en *The Journal of Philosophy*, vol. LXXX, núm. 3, 1983.
- ULLMANN-MARGALIT, E., y MARGALIT, A.: «Holding True and Holding as True», en *Synthese*, núm. 92, 1992.
- URBANO CASTRILLO, E., y TORRES MORATO, M. A.: *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, 2.ª ed., Madrid, Aranzadi, 2000.
- VALDÉS, M.: «Introducción», en VALDÉS, M. (ed.): *Pensamiento y lenguaje. Problemas en la atribución de actitudes proposicionales*, México, D. F., UNAM, 1996.
- VAN FRAASSEN, B. C. (1980): *The Scientific Image*, Oxford, Oxford University Press; citado por la versión castellana: *La imagen científica*, México, D. F., Paidós-UNAM, 1996.
- «Belief and the Will», en *Journal of Philosophy*, núm. 81, 1984.
- *Laws and Symmetry*, Oxford, Oxford University Press, 1989.
- VARGA, C.: «The Mental Transformation of Facts into a Case», en *ARSP*, núm. 77, 1991.
- VERDE, G.: «Prova legale e formalismo», en *Foro italiano*, V, 1990.
- VERNENGO, R. J.: «La función sistemática de la norma fundamental», en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, I/II, 1960.
- VILLORO, L.: *Crear, saber, conocer*, Madrid, Siglo XXI, 1982.
- VON CANSTEIN, R. (1880): «Die Grundlagen des Beweisrecht», en *Zeitschrift für deutsche Zivilprozess*, vol. II (citado a través de SERRA DOMÍNGUEZ, 1962).
- WACH, A. (1881): «Das Gestandnis, Ein Beitrag zur Lehre von dem processualische Rechtsgeschäfte», en *Archiv für den Zivil Praxis*, vol. 64 (citado a través de SERRA DOMÍNGUEZ, 1962).
- WEINSTEIN, J. B. (1966): «Some difficulties in devising rules for determining truth in judicial trials», en *Columbia Law Review*, vol. 66, núm. 2. Rec-

- ditado en TWINING, W., y STEIN, A. (eds.): *Evidence and Proof*, Aldershot, Dartmouth, 1992.
- WILLIAMS, B.: «Deciding to Believe», en *Problems of the Self. Philosophical Papers 1956-1972*, Cambridge, Cambridge University Press, 1973.
- «Ethics», en GRAYLING, A. C.: *Philosophy. A Guide through the Subject*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- WRÓBLEWSKI, J.: «The Legal Decision and its Justification», en *Logique et Analyse*, núms. 53-54, 1971.
- «Structure et fonctions des présomptions juridiques», en FORIERS, P., y PERELMAN, Ch. (eds.): *Les présomptions et les fictions en Droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974.
- (1975): «El problema de la así llamada verdad judicial», en WRÓBLEWSKI, J.: *Sentido y hecho en el derecho*, San Sebastián, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1989.
- (1981): «La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación», en WRÓBLEWSKI, J.: *Sentido y hecho en el derecho*, San Sebastián, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1989.
- «Facts in Law», en WRÓBLEWSKI, J.: *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki, A-Tieto Oy, 1983.
- *The Judicial Application of Law*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer, 1992.

CAPÍTULO PRIMERO

SENTIDO Y FUERZA DE LAS ENUNCIACIONES PROPOSICIONALES

1. INTRODUCCIÓN	19
2. LA FUERZA DE "ESTA PROBADO QUE P"	20
A. "Esta probado que p" como enunciado condicional	23
B. "Esta probado que p" como enunciado imperativo	24
C. "Esta probado que p" como enunciado interrogativo	26
3. EL SENTIDO DE "ESTA PROBADO QUE P"	28
A. "Esta probado que p" como enunciado de "la verdad que p"	31
B. "Esta probado que p" como enunciado de "¿hay la evidencia que p?"	34
C. "Esta probado que p" como enunciado de "Hay elementos de juicio suficientes a favor de p"	37
4. PRUEBA, VERDAD Y REGLAS PROCESALES	41
A. Prueba y reglas sobre la prueba	43
5. PRUEBA Y DEFINICIÓN DE LOS SUPUESTOS DE HECHO	54



## CAPÍTULO SEGUNDO

## PRUEBA Y VERDAD

1. DOS FORMAS DE ESTABLECER LA RELACIÓN.....	61
2. PRUEBA Y LIMITACIONES PROCESALES .....	63
3. VERDAD MATERIAL VS. VERDAD FORMAL.....	68
A. El rechazo de la distinción.....	71
B. Problemas pendientes: las alternativas .....	72
4. DE NUEVO SOBRE LAS RELACIONES CONCEPTUAL Y TELEOLÓGICA ENTRE PRUEBA Y VERDAD.....	77
5. SER VERDADERO Y SER TENIDO POR VERDADERO.....	82

## CAPÍTULO TERCERO

## PRUEBA Y ACTITUDES PROPOSICIONALES

1. INTRODUCCIÓN .....	89
2. PRUEBA Y ACTITUDES PROPOSICIONALES.....	90
A. “Está probado que $p$ ” vinculado a la creencia en $p$ por parte del juez.....	90
B. “Está probado que $p$ ” vinculado al conocimiento de $p$ por parte del juez.....	99
C. “Está probado que $p$ ” vinculado a la aceptación de $p$ por parte del juez.....	101
a) De nuevo sobre la creencia y los enunciados probatorios.	106
3. PRUEBA, VERDAD Y JUSTIFICACIÓN.....	108
BIBLIOGRAFÍA .....	115