

3514

MARINA GASCÓN ABELLÁN

LOS HECHOS EN EL DERECHO

Bases argumentales de la prueba

Segunda edición

71.562

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID 2004 BARCELONA

Primera edición, 1999
Segunda edición, 2004

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.

© Marina Gascón Abellán
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ 91 304 33 03
ISBN: 84-9768-126-6
Depósito legal: M. 17.536-2004
Diseño de cubierta: Manuel Estrada. Diseño Gráfico
Fotocomposición: INFORTEX, S. L.
Impresión: CLOSAS-ORCOYEN, S. L.
Polígono Igarza. Paracuellos de Jarama (Madrid)
MADRID, 2004

I. EL CONOCIMIENTO DE LOS HECHOS

SUMARIO: 1) DEL CONOCIMIENTO MÁGICO AL CONOCIMIENTO RACIONAL.—2) EL CONOCIMIENTO RACIONAL DE LOS HECHOS.—*a)* Vicisitudes del empirismo en la epistemología moderna.—1.º La confianza en la racionalidad empírica y sus dificultades.—2.º Hacia una nueva concepción de la racionalidad empírica. La superación del problema de la inducción y la influencia de la epistemología pospositivista.—*b)* El conocimiento de los hechos en la ciencia jurídica de los últimos siglos.—1.º El modelo de la Ilustración.—2.º La Ciencia y la praxis procesal postilustrada.—*c)* Por una epistemología moderadamente realista.

El conocimiento de hechos que se opera en sede judicial se ha considerado muchas veces cuestión incontrovertible. «Los hechos son los hechos y no necesitan ser argumentados» podría ser el lema de esta tradición. En el fondo de la misma late una gran confianza en la razón empírica que hace innecesaria cualquier justificación en materia de hechos: los hechos son evidentes, y lo que es evidente no necesita justificación; *incluso si* tal evidencia se ha obtenido “indirectamente”, mediante una metodología inductiva.

La afirmación anterior, sin embargo, ha de ser matizada, pues ni la idea de que los hechos efectivamente acaecidos constituyen la condición inexcusable para la aplicación del Derecho, ni la seguridad en el conocimiento empírico han estado presentes en todos los modelos judiciales. Durante un tiempo, la tarea de lo que hoy llamaríamos construcción de la premisa menor del “razonamiento” jurídico se apoyó en ritos y procedimientos mágicos o cuasi-litúrgicos en los que estaba ausente cualquier apelación a la razón, incluida la razón empírica; de manera que atender a los hechos como paso previo a la decisión judicial y confiar a la observación la determinación de los mismos representó

un gran paso adelante en la historia de la racionalidad. Pero ha sido un paso no exento de dificultades. Aunque en la ideología judicial se haya operado tradicionalmente “como si” el juicio de experiencia no necesitara de mayores justificaciones, lo cierto es que la historia del empirismo es la crónica de los intentos y fracasos por encontrar un lugar para el conocimiento empírico en el ámbito de la racionalidad.

Muchas veces, en efecto, el conocimiento racional se ha identificado con la obtención de certeza absoluta, y esta asimilación ha supuesto una seria dificultad para que el conocimiento empírico —incapaz de garantizar esa calidad de certeza— pudiera revestirse de una aureola de racionalidad. El insistentemente planteado y siempre irresuelto “viejo problema de la inducción” es la expresión de la incapacidad de las epistemologías empiristas para desprenderse del objetivo racionalista de alcanzar conocimientos seguros e incontrovertibles. Ha sido en los dos últimos siglos cuando el imparable avance de las ciencias ha conducido a un replanteamiento de la idea misma de conocimiento inductivo, y con ello a una rehabilitación de la racionalidad empírica que constituyó la base de aquel éxito científico. En concreto, para las nuevas epistemologías empiristas, el objetivo del conocimiento inductivo no es ya la búsqueda de certezas absolutas, sino tan sólo de “supuestos” o hipótesis válidas, es decir, apoyadas por hechos que las hacen “probables”. En esto radica su “miseria”, pero también su “grandeza”: se ha restaurado la confianza en una racionalidad empírica que, renunciando al objetivo inalcanzable de la certeza absoluta, recupera, a través del concepto de “probabilidad”, un elemento de objetividad.

La recuperación de la racionalidad empírica a través del concepto de probabilidad no carece de consecuencias para la fijación judicial de los hechos. Por un lado, la declaración de hechos probados ya no puede ser concebida como un momento místico y/o insusceptible de control racional, como ha sido (y aún es) frecuente en ciertas ideologías del proceso. Por otro, si el conocimiento inductivo de los hechos no produce resultados infalibles, han de introducirse todas las garantías posibles (garantías epistemológicas) para lograr una mayor fiabilidad en la declaración de los mismos y, en su caso, facilitar su eventual revisión. Todo lo cual desemboca, frente a lo que había sido la tradición, en una exigencia de motivación.

1) DEL CONOCIMIENTO MÁGICO AL CONOCIMIENTO RACIONAL

Se ha dicho que los juristas siempre han pretendido extender el paradigma epistemológico dominante al conocimiento del Derecho, cuando no al Derecho mismo¹. No es sorprendente, por ello, que en

¹ Vid. L. PRIETO, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 19.

las etapas más primitivas, dominadas por lo mágico o sobrenatural, el Derecho se considerase un trasunto de fuerzas ocultas, el fruto de resortes misteriosos o la exteriorización de una voluntad divina no accesible por completo a la razón humana y en cualquier caso indiscutible. Y esto, que puede predicarse de las reglas jurídicas y de las fuentes del Derecho, vale también para la tarea de fijación judicial de los hechos, que a veces se ha mostrado más como una experiencia mística de búsqueda de la verdad o, simplemente, de búsqueda de una decisión aleatoria o de un dictamen sobrenatural, que como un método con apariencias de racionalidad. Éste es el caso de la ordalía que, entendida en sentido amplio (duelo judicial, ordalía, juicio de Dios) «designa cualquier experimento gnoseológico-místico donde se halla postulado un orden oculto del mundo diagnosticable mediante distintas vías, desde técnicas adivinatorias a una *pugna inter duos ad probationem veritatis*»²: caminar sobre brasas incandescentes sin sufrir lesión, recoger una piedra o anillo sumergido en agua hirviendo, encerrar al acusado y al acusador con una fiera y dar la razón al que resulta indemne, etcétera³.

La verdad es que sólo con un cierto abuso del lenguaje cabe decir que la ordalía fuese un procedimiento enderezado al conocimiento de unos hechos previamente tipificados como condición inexcusable de la pena. Más bien cabe pensar que en ese contexto lo que falta es la idea de “hecho”, de conducta externa y voluntaria como requisito para la imposición del castigo. La confusión entre delito y pecado y entre pena y penitencia, la idea de que la “desviación” es más un asunto subjetivo o de carácter que de acciones o comportamientos y la propia reminiscencia del sacrificio individual como purga de la culpa colectiva explican que los “hechos” se conciban sólo como un síntoma de que el sujeto es acreedor al castigo, y no como la única y exclusiva razón del mismo.

Sea como fuere, la existencia de estas pruebas irracionales en casi todos los pueblos primitivos, su pervivencia durante la Alta Edad Media e incluso en épocas posteriores, además de poner de relieve el peso de lo sobrenatural en las fases iniciales del Derecho y la consiguiente asociación entre juicio y rito, acredita también que la comprensión de la actividad judicial en términos de operación racional o, cuando menos, racionalizable, constituye una cualidad asociada a determinada ideología o cultura jurídica, y no un rasgo conceptual o definitorio

² F. CORDERO, *Riti e sapienza del Diritto*, Bari, Laterza, 1981, p. 468.

³ G. FILANGIERI, en su *Ciencia de la Legislación* (1780-85), trad. de J. Ribera, Madrid, Villalpando, 1821, ofrece un amplio catálogo de estas prácticas “bárbaras y feroces”, Libro III, cap. XI, pp. 113 ss. (vol. 3). Asimismo VOLTAIRE en la voz “Pruebas” de su *Diccionario Filosófico*, ed. de A. MARTÍNEZ ARANCÓN, Madrid, Temas de Hoy, 1995, vol. II, p. 483; F. PATETTA, *Le ordalie*, Torino, Bocca, 1890; H. LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire. Etude de sociologie juridique*, Paris, M. Rivière, 1964; y también varios de los trabajos recogidos en *La preuve*, Recueils J. Bodin, XVII, Bruxelles, Librairie Encyclopédique, 1965.

de aquélla. Que la culpabilidad o la inocencia dependan del vencimiento en duelo o del éxito de un experimento natural, que en puridad demuestran la fuerza, la destreza o la suerte del reo pero nada a propósito de los hechos imputados, supone, en suma, romper el nexo entre ilícito y pena y hacer del proceso un medio que *constituye* (y no que intenta averiguar) la verdad⁴.

En opinión de FERRAJOLI, el modelo de prueba legal o tasada, con la limitación de los medios probatorios y la atribución a cada uno de ellos de un peso o valor propio, y en conjunto todo el procedimiento inquisitivo, no sería sino una prolongación lógica y coherente de la prueba irracional o de ordalía⁵, y así lo entendieron también los ilustrados, como BECCARIA o FILANGIERI⁶. Tal vez no sea ésta la primera impresión que se obtiene, pues, de un lado, parece que los medios probatorios inquisitivos, como la declaración de testigos o la confesión, no apelaban a fuerzas ocultas y misteriosas, sino a formas de conocimiento directamente enlazadas con los hechos; y de otro, la atribución legal a cada medio de prueba de un valor probatorio específico pretende tener un fundamento empírico⁷. Lo cierto es, sin embargo, que tanto la prueba de ordalía como la prueba legal constituyen supuestos de "prueba formal", pues en ambos casos se excluye «la investigación y la libre valoración del juez, sustituyéndolas por un juicio infalible y superior». Que dicho juicio sea «divino en el primer caso y legal en el segundo» no oscurece la comentada continuidad entre ambos tipos de prueba⁸; pone sólo de manifiesto la absoluta irracionalidad de la primera, por basarse en una tesis mágica o sobrenatural o reli-

⁴ Como dice MONTESQUIEU, «nos asombrará comprobar que nuestros padres hicieran depender así el honor, la fortuna y la vida de los ciudadanos, de cosas que tenían menos relación con la razón que con el azar, y que se valieran continuamente de pruebas que no probaban nada y que no tenían conexión ni con la inocencia ni con el delito», *Del espíritu de las leyes* (1748), trad. M. Blázquez y P. de Vega, Madrid, Tecnos, 1985, Libro XXVIII, cap. XVII, p. 359.

⁵ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), con prólogo de N. BOBBIO, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Madrid, Trotta, 1995, pp. 135 ss. Análogamente, C. FURNO presenta el primitivo proceso germánico, basado en los "juicios de Dios", como ejemplo puro de "prueba legal", *Teoría de la prueba legal*, trad. de S. González Collado, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1954, pp. 144 ss.

⁶ «(La tortura) este infame crisol de la verdad es un monumento todavía subsistente de la antigua y salvaje legislación, cuando eran llamadas *juicios de Dios* las pruebas de fuego y del agua hirviente y la incierta suerte de las armas... La única diferencia que hay entre la tortura y las pruebas del fuego y del agua hirviente es que el resultado de la primera parece depender de la voluntad del reo y el de las segundas de un hecho puramente físico y extrínseco, pero esta diferencia es sólo aparente y no real», C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (1764), F. Tomás y Valiente ed., Madrid, Aguilar, 1974, p. 97. Por su parte, G. FILANGIERI dirá que «si se considera el tormento como criterio de verdad, se hallará tan falaz y absurdo como lo eran los juicios de Dios», *Ciencia de la Legislación*, cit., Libro III, cap. XI, pp. 137 ss.

⁷ Por eso, tras preguntarse si la tortura significó algo más racional que la ordalía, F. TOMÁS Y VALIENTE responde que «parece más cercana a la verdad material la autocondena, esto es, la confesión de culpa, que la condena en virtud de ritos mágicos», *La tortura en España*, Barcelona, Ariel, 1973, p. 214.

⁸ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 136.

giosa, y la mayor racionalidad de la segunda, por basarse en leyes de la naturaleza o en máximas de experiencia⁹. En suma, la prueba legal del procedimiento inquisitivo es también, como la de ordalía, un tipo de prueba formal, si bien, frente a la magia precedente, el proceso inquisitivo quiere presentarse como racional.

Naturalmente no estamos defendiendo con ello la eficacia ni mucho menos la humanidad del Derecho procesal del Antiguo Régimen. Basta pensar en el sistema de delación, en el secreto, en la figura plenamente "parcial" del juez inquisidor y, sobre todo, en que, siendo la confesión del reo la reina de las pruebas, el tormento judicial se convirtió en la pieza clave para la averiguación de la verdad, o, mejor dicho, de la culpabilidad, que era el fin al que se enderezaba la inquisitoria¹⁰; sin olvidar que la existencia de pruebas semiplenas (por ejemplo, la declaración de un solo testigo) condujo a la ridícula construcción de un estado intermedio entre la culpabilidad y la inocencia que se hacía acreedor a una rebaja en la pena legal¹¹. Pero, con independencia de todo esto, el sistema en cuestión, rígido y formalista, aparentaba ciertas dosis de racionalidad o, si se quiere, de sometimiento a reglas en la tarea de comprobación de los hechos¹².

En realidad, como observa FERRAJOLI¹³, esa apariencia deriva del carácter enmascaradamente deductivo, y, por tanto, seguro, que presenta la fijación de los hechos en todo sistema de prueba tasada, pues si se acepta que el éxito de determinados medios de prueba garantiza la verdad de su contenido probatorio, la declaración de inocencia o culpabilidad se presentará como una consecuencia lógica de las premisas. De manera que si 1) el reo ha reconocido su responsabilidad, y 2) siempre que el reo reconoce su responsabilidad, ésta debe considerarse cierta, 3) entonces el reo es culpable. O también: 1) la confesión es prueba incontrovertible de culpabilidad; 2) el reo ha confesado; 3) luego el reo es culpable. Con razón afirma ANDRÉS IBÁÑEZ que este procedimiento no pretendía llegar a una verdad *probable*, sino

⁹ Similar interpretación de la prueba legal como un tipo de prueba formal más racional que la de ordalía puede verse en C. VARELA, *Valoración de la prueba*, Buenos Aires, Astrea, 1990, p. 95. Igualmente, C. FURNO, *Teoría de la prueba legal*, cit., pp. 146-147.

¹⁰ Con razón Beccaria lo calificaba de "proceso ofensivo", *De los delitos y de las penas*, cit., p. 179.

¹¹ En general, sobre el proceso inquisitivo *vid.* F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta*, Madrid, Tecnos, 1969, pp. 153 ss., así como la bibliografía allí citada; también el más reciente trabajo de M. P. ALONSO, *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982. Sobre el Tribunal de la Inquisición *vid.* *Perfiles jurídicos de la Inquisición española*, J. A. ESCUDERO (ed.), Madrid, Universidad Complutense, 1989.

¹² Como observa C. FURNO, el proceso alcanzó un formalismo rígido y obtuso, desarrollándose bajo la atenta mirada de un juez sin ciencia y sin conciencia, pero bajo la apariencia de que "la forma protege, defiende, tutela", *Teoría de la prueba legal*, cit., p. 147.

¹³ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., pp. 133 ss.

*real*¹⁴; aunque también cabría decir que aquí lo importante no eran tanto los hechos en sí, cuanto la consumación de un ritual probatorio formal y simbólico que se consideraba equivalente a la demostración efectiva de aquéllos. Desde esta perspectiva sí cabe incluir el modelo de prueba legal y tasada propio del sistema inquisitivo en el capítulo de la irracionalidad jurídica.

La racionalidad jurídica es, como sugiere TARELLO¹⁵, una consecuencia del proceso de secularización que postula la separación entre las ideas de delito y de pecado, de pena y de penitencia, y seguramente no alcanzaría su plena madurez hasta la segunda mitad del siglo XVIII. Precisamente un preilustrado como Christian THOMASIVS, con su crítica a la punición de la herejía y de la magia¹⁶, ofrecería una de las primeras aportaciones a esa racionalidad que definitivamente desplaza los vicios morales o de carácter en favor de los hechos externos como base de cualquier reproche jurídico: la herejía no debe castigarse, entre otras cosas, porque puede ser un error intelectual, pero en ningún caso un hecho, y *cogitationis poenam nemo patitur*¹⁷; de ahí que el solo pensamiento no forme parte de la esfera de lo *justum*, cuyos dominios se extienden a lo externo y coactivo¹⁸. Sólo a partir de esa visión secularizada los “hechos” podían dejar de ser un mero *indicio* de una culpabilidad basada en realidad en el vicio o en el pecado —en suma, en la corrupción de la naturaleza nacida de la caída original— para convertirse en su único *fundamento*, pues antes de decidir cómo se conocen los hechos es preciso aceptar, cuando menos, que los hechos representan el único motivo de la decisión jurídica. Más adelante nos ocuparemos de la aportación ilustrada; de momento baste señalar que esa mirada hacia los hechos, y, por tanto, hacia el juicio empírico como motivo exclusivo de la aplicación del Derecho, constituye un paso decisivo en la historia de la racionalidad jurídica.

¹⁴ P. ANDRÉS IBÁÑEZ, «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», *Doxa*, 12, 1992, p. 277.

¹⁵ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I: *Assolutismo e Codificazione del Diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 383 ss.

¹⁶ Un tema sobre el que luego insistirían todos los ilustrados del siglo XVIII. En particular, escribe MONTESQUIEU, mostrando su desconfianza hacia todo proceso judicial que no se enderece a la constatación de hechos o conductas externas y precisas, «la acusación de ambos delitos (magia y herejía) puede lesionar la libertad y dar origen a una infinidad de tiranías, si el legislador no sabe restringirla, pues como no recae directamente sobre las acciones de un ciudadano, sino más bien sobre la idea que se tiene de su carácter, es tanto más peligrosa cuanto mayor sea la ignorancia del pueblo», *Del espíritu de las leyes*, cit., Libro XII, cap. V, p. 131.

¹⁷ Ch. THOMASIVS, *Problema Juridicum: An Haeresis sit Crimen* (1697). Vid. M. CATTANEO, *Delitto o pena nel pensiero di Christian Thomasius*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 114 ss.; y J. BETEGÓN, «Los precedentes intelectuales de la humanización del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII», en *Historia de los derechos fundamentales*, G. Peces-Barba y E. Fernández (dirs.), Madrid, Dyckinson, 1998, vol. I, pp. 483 ss.

¹⁸ Vid. Ch. THOMASIVS, *Fundamentos de Derecho natural y de gentes* (1705), trad. de S. Rus Rufino y A. Sánchez Manzano, con estudio preliminar de J. J. Gil Cremades, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 171 ss.

Que la premisa menor del razonamiento jurídico haya de estar formada precisamente por hechos, por una realidad factual que al menos se supone tan comprobable como cualquier otro fenómeno histórico o natural, y no por misteriosos designios divinos o de la fortuna, sin duda hubo de representar una transformación importante, aunque paulatina: de la ordalía al sistema de prueba tasada y de éste al modelo de la libre convicción, que se asienta en una concepción probabilística del conocimiento, se aprecia en algunos aspectos un proceso de continuidad en el que cada nuevo período conserva residuos del anterior. Sea como fuere, una vez asentado que la constatación de ciertos hechos constituye el fundamento de aplicación de la norma, el problema surge a la hora de determinar las posibilidades o límites de su conocimiento, o sea, lo que pudiéramos llamar epistemología judicial de los hechos. Y, a este respecto, no parece que esa epistemología “particular” que subyace al conocimiento judicial de los hechos haya resultado en todo momento coherente con la epistemología general, pues todo indica que mientras los juristas por lo común han abordado la cuestión de modo algo acrítico, confiando en un esquema de conocimientos infalibles, el conocimiento empírico, en cambio, ha tenido que sortear numerosas dificultades para encontrar un hueco en el ámbito de la racionalidad. Con todo, siendo esta epistemología general el modelo al que necesariamente habría de recurrir el pensamiento jurídico, conviene detenerse mínimamente en su análisis.

2) EL CONOCIMIENTO RACIONAL DE LOS HECHOS

a) Vicisitudes del empirismo en la epistemología moderna

1.º *La confianza en la racionalidad empírica y sus dificultades*

El ideal de conocimiento racional ha consistido siempre en alcanzar certezas absolutas e incuestionables y el razonamiento deductivo se ha mostrado como el único capaz de suministrarlas. Por ello, el gran reto de las epistemologías empiristas ha sido el de fundar un conocimiento racional (seguro) basado en la observación, pero ha sido también —y muy principalmente— superar el problema de la inducción, pues el banco de pruebas del conocimiento empírico es la cuestión de cómo conocer los hechos que no se pueden observar, sea porque se trate de hechos pasados, sea porque se trate de hechos futuros. Obviamente, no procede aquí reconstruir la rica historia del empirismo, pero sí conviene rememorar algunos de sus momentos fundamentales a fin de comprobar cómo el recurso a la experiencia ha desembocado muchas veces en alguna forma de escepticismo, al menos mientras se mantuvo como paradigma el ideal racionalista del conocimiento seguro e incontrovertible.

De hecho, es seguramente este ideal “racionalista” de conocimiento el que explica el escepticismo ante la racionalidad empírica en el mundo griego; es más, quienes, como Platón, exigían al conocimiento esa certeza absoluta pudieran concebir como absurdo el concepto mismo de “conocimiento empírico”¹⁹. Es verdad que ya desde los griegos se abrió paso otra filosofía que consideró que, junto a la ciencia matemática o lógica, existe también una ciencia empírica, hasta el punto de que en determinadas concepciones (el “empirismo”) se pudo sostener que la observación sensible es la fuente primordial del conocimiento; pero parece que los esfuerzos por fundar racionalmente dicha ciencia fueron intentos frustrados que abocaron al escepticismo²⁰.

En la Edad Media, donde los principales problemas filosóficos eran problemas teológicos, hubo escaso lugar para las filosofías empiristas²¹; por ello no será hasta el siglo xvii, con el surgimiento de la ciencia moderna y el desarrollo de un pensamiento más secularizado, cuando el empirismo reaparezca con fuerza y empieza a cobrar cuerpo en una teoría filosófica bien fundada, sobre todo en Inglaterra. Francis BACON, John LOCKE y David HUME son los máximos representantes de esta tradición.

Ya en pleno siglo del racionalismo, en efecto, se registra una importante contribución a la tarea de afianzar la orientación empírica de la ciencia. Tal vez el primer esfuerzo notable lo realizara Francis BACON, quien intentó demostrar cómo a partir simplemente de la observación y procesamiento de datos empíricos puede obtenerse un conocimiento necesario y seguro de la realidad; y ya no se trata de un conocimiento deductivo, vacío en sí mismo, sino inductivo: a partir de enumeraciones incompletas se llega, a través de generalización, a la formulación de proposiciones de carácter universal del tipo “el fenómeno A es causa de B”. Así, por oposición a la lógica deductiva aristotélica, que se había transmitido a través del *Organon*, BACON representó uno de los

¹⁹ *Vid.*, por ejemplo, «Fedón», donde se desarrolla la tesis de que el conocimiento empírico no puede ser fuente de la verdad, en *Obras completas de Platón*, trad. del griego, preámbulos y notas de M. Araujo y otros, Madrid, Aguilar, 2.^a ed., 1986.

²⁰ Para poder emitir un juicio exacto sobre las cosas «tenemos que investigar las cosas confrontándolas con las sensaciones» (EPICURO, *Carta a Herodoto*). «La noción verdadera nos viene dada, en primer término, por los sentidos; y los sentidos son irrefutables» (LUCRECIO, *De rerum natura*, libro VI). «Nada puede refutar las sensaciones... La razón no puede tampoco, ya que toda ella depende de las sensaciones» (DIÓGENES LAERCIO, *Vida de Epicuro*). Tomo las citas de P. NIZAN, *Los materialistas de la antigüedad*, trad. R. Llopart, Madrid, Fundamentos, 1976, pp. 55, 56 y 25, respectivamente.

Aunque también en Aristóteles —a diferencia de Platón— está presente una fuerte apertura al empirismo (*vid.*, por ejemplo, J. HIRSCHBERGER, *Historia de la filosofía* (1954), t. I, trad. L. Martínez Gómez, Barcelona, Herder, 1977, esp. pp. 165 ss.), el epicureísmo y el escepticismo —en especial el de Sexto Empírico— son quizá los casos más representativos de doctrinas empiristas.

²¹ *Vid.*, no obstante, T. KUHN, *La tensión esencial* (1977), trad. de R. Helier, México, FCE, 1983, p. 66.

primeros intentos históricos por fundamentar la lógica inductiva en el *Novum Organum*²². No obstante, sería la obra de J. LOCKE²³ la que, recogiendo las ideas de BACON, sentaría definitivamente las bases del empirismo inglés, al establecer que todo nuestro conocimiento procede de la experiencia sensible —*nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu*— y que, por tanto, la existencia de relaciones causales procede también de la experiencia y sólo de la experiencia. Puede decirse en este sentido que LOCKE «estableció el valor y la suprema dignidad del hecho»²⁴, aunque ello no le condujo a depositar una total confianza en las posibilidades del conocimiento empírico²⁵: en algunos pasajes pareció sucumbir al escepticismo epistemológico, al insistir en que las generalizaciones de la ciencia son sólo *probables* y no satisfacen el ideal racionalista de verdad necesaria²⁶. En cualquier caso, LOCKE todavía no llegó a levantar acta de la fractura lógica que separa los hechos de las leyes generales: el problema de la inducción.

En el contexto del empirismo británico, que había establecido que las sensaciones (la experiencia sensible) son la base del conocimiento, BERKELEY da un paso más hacia el escepticismo: surgen dudas respecto a los datos suministrados por los propios sentidos; es más, no es sólo que no conozcamos la “sustancia”, la realidad que soporta las cualidades sensibles, es que tal soporte no existe: las cualidades sensibles son subjetivas, no tienen existencia excepto para el sujeto que las percibe²⁷. De ahí su escepticismo: lo único que podemos afirmar es que tenemos experiencias, pero no que existe una realidad objetiva. Con todo, BERKELEY no daría aún el salto definitivo hacia el inmaterialismo

²² *Novum Organum* (1620); hay trad. de R. Frondizi, Buenos Aires, Losada, 1949.

²³ El *Ensayo sobre el entendimiento humano* (1690) es la obra de J. LOCKE en la que se sientan las tesis fundamentales del empirismo; hay traducción de S. Rábade y M. E. García, 2 vols., Madrid, Nacional, 1980.

²⁴ P. HAZARD, *La crisis de la conciencia europea (1680-1715)*, trad. de la 3.^a ed. de Julián Marías, Madrid, Pegaso, 1975, p. 217. En opinión del autor, la obra de LOCKE «Ensayo sobre el entendimiento humano» fue la fecha de un cambio decisivo, de una orientación nueva: para reconstruirlo todo basta un elemento positivo, la sensación; con la sensación nada es más fácil que construir una teoría del conocimiento que procura una certeza inquebrantable, pp. 221 ss.

²⁵ «No quiero que se piense que desprecio el estudio de la naturaleza... Todo lo que quiero decir es que no debemos llevarnos por la opinión o por la esperanza de un conocimiento cuando no es posible que lo tengamos», *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Libro IV, cap. XII, ep. 12, p. 962 de la edición citada.

²⁶ *Vid. Ibidem*, Libro IV, cap. III (eps. 25 y 26), cap. XII (ep. 10) y caps. XIV y XV. Por ejemplo: «Lo mismo que la demostración consiste en mostrar el acuerdo o desacuerdo de dos ideas, mediante la intervención de una o más pruebas que tienen entre sí una conexión constante, inmutable y visible, así también la probabilidad no es nada más que la apariencia de un acuerdo o desacuerdo semejantes, por la intervención de pruebas cuya conexión no es constante ni inmutable», Libro IV, cap. XV, ep. 1, p. 972 de la edición citada. Sobre el particular, J. LOSEE, *Introducción histórica a la filosofía de la ciencia* (1972), trad. A. Montesinos, Madrid, Alianza, 1979, p. 106.

²⁷ Las ideas de BERKELEY en *Tres diálogos entre Hylas y Philonús* (1713), trad. de M. Satué, Barcelona, Humanitas, 1983, vulgarización de su (más docto) «Tratado sobre los principios del conocimiento humano» (1710). Sobre el pensamiento de BERKELEY y, en general, sobre las teorías

radical: había negado la realidad material, pero no la realidad espiritual. El paso decisivo en este sentido lo daría HUME, para quien incluso la mente no es más que un manojo de percepciones: el conocimiento humano se reduce a impresiones sensibles e ideas, y las ideas son sólo copias de las impresiones. Pero la reducción de todo el conocimiento a las inseguras sensaciones conduce al escepticismo más radical.

HUME²⁸, en efecto, criticó no sólo el concepto de sustancia —como ya había hecho BERKELEY—, sino también el de causa, y al hacerlo arruinó la legitimidad del razonamiento inductivo. El problema principal que plantea HUME es el llamado “viejo problema de la inducción”: ¿cómo puede justificarse la inducción?; esto es, ¿cómo pueden justificarse las leyes empíricas, las que establecen relaciones necesarias de causalidad?²⁹ Al responder a esta cuestión, HUME asestó un duro golpe a la confianza con que la filosofía empirista había sostenido (o no había negado) la posibilidad de obtener certeza a través del conocimiento empírico inductivo: la inducción es tan sólo un hábito³⁰; no puede justificarse, ni siquiera sobre la base de que proporciona conocimientos probables (en el sentido objetivo). Para poder designar que un acaecimiento es “probable” (en el sentido objetivo), hay que tener presentes las condiciones de las que depende y tomar como base que permanecen fijas y constantes y no se hallan expuestas a cambios arbitrarios e imprevistos; pero esta certeza objetiva es precisamente lo que pone en duda HUME³¹. Ello significa que tan sólo las observaciones pasadas y presentes son seguras, mientras que las predicciones son

de la percepción, D. M. ARMSTRONG, *La percepción y el mundo físico* (1961), trad. P. García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1966.

²⁸ La epistemología de HUME, en su *Tratado de la naturaleza humana* (1739-40), trad. F. Larroyo, México, Porrúa, 1977, e *Investigación sobre el entendimiento humano* (5.ª ed., 1758), trad. de J. A. Vázquez, con estudio preliminar de F. ROMERO sobre «Hume y el problema de la causalidad», Buenos Aires, Losada, 1945. Sobre la crítica de Hume al conocimiento empírico inductivo, *vid.*, entre otros muchos, E. CASSIRER, *El problema del conocimiento. II* (1907), trad. W. Rocas, México, FCE, 2.ª reimp., 1979, pp. 306 ss.; L. KOLAROWSKI, *La filosofía positivista* (1966), trad. G. Ruiz-Ramón, Madrid, Cátedra, 1979, esp. cap. II; y J. LOSEE, *Introducción histórica a la filosofía de la ciencia*, cit., pp. 110 ss. Una interpretación no escéptica de HUME en J. GARCÍA ROCA, *Positivismo e Ilustración: la filosofía de D. Hume*, Universidad de Valencia, 1981.

²⁹ El “viejo” problema de la inducción es, pues, un *problema lógico*. G. H. VON WRIGHT lo formula así: ¿es posible, dadas ciertas condiciones, demostrar que una inferencia inductiva tiene que ser necesariamente válida?; y, si es así, ¿cuáles son esas condiciones?, *The logical problem of induction* (1941), Oxford, Blackwell, 2.ª ed. revisada, 1965, p. 2.

³⁰ HUME pone de relieve que la generalización de una relación causa-efecto es obra de nuestras costumbres, de nuestro hábito a considerar que siempre que se da “A” se produce también “B”, pero no de un razonamiento capaz de probar, como en la geometría, la necesidad de la conclusión obtenida inductivamente. Y ello porque «no existe nada en un objeto considerado en sí mismo que pueda proporcionarnos una razón para sacar una conclusión que vaya más allá de él, y que, aun después de la observación de la unión frecuente o constante de los objetos, no tenemos razón alguna para hacer una inferencia relativa a algún objeto remoto a éstos, del que no hemos tenido experiencia», *Tratado de la naturaleza humana*, cit., Libro I, Parte Tercera, Sección XII, p. 98.

³¹ *Vid.*, E. CASSIRER, *El problema del conocimiento, II*, cit., pp. 311 ss.

sólo probables; pero se trata de una probabilidad que tiene naturaleza “subjetiva”, pues está basada en la opinión, en la creencia. Así las cosas, la inducción no es un instrumento legítimo de conocimiento. Sigue reflejándose en HUME —como en los antiguos escépticos— la influencia del racionalismo: como el conocimiento empírico no puede alcanzar verdades incuestionables, es sólo cosa de opinión y creencia.

Una mención singular en el esfuerzo por legitimar el conocimiento empírico merece el intento de KANT de superar el “callejón sin salida” al que habían llevado el empirismo inglés, a raíz de la crítica de HUME, y el racionalismo cartesiano, que no admitía la posibilidad de un conocimiento de base observacional. La *crítica de la Razón Pura* constituye un intento de fundar racionalmente los juicios de experiencia: junto a los juicios analíticos existen también juicios sintéticos *a priori*; es decir, juicios sobre la experiencia (sintéticos) no derivados de la experiencia (*a priori*)³². Pero, aparte de que los desarrollos científicos posteriores demostrarían lo infundado de las leyes sintéticas *a priori*, con ello sigue sin abandonarse la idea de que sólo cabe una clase de conocimiento racional: el que proporciona certezas irrefutables; la misma idea que había impedido a HUME superar su aguda crítica al empirismo. La única posibilidad de encontrar un fundamento racional para el conocimiento empírico habría de pasar por revisar esta idea, revisión que sólo sería posible a la vista de los espectaculares avances científicos de los siglos XIX y XX, operados mediante un conocimiento de base observacional. No obstante, el siglo XIX y parte del XX arrastraron todavía el lastre “racionalista”, y algunas epistemologías empiristas desarrolladas en este tiempo intentaron fundar un conocimiento empírico que arrojará certezas incuestionables.

En el siglo XIX ésta sería la pretensión de J. STUART MILL, quien desarrolló una lógica inductiva³³ cuyas reglas permitirían establecer “infaliblemente” acotamientos que guardan una relación causal con otros; aunque no parece que MILL lograra probar su tesis, pues ninguna apelación al modo como las cosas son prueba que no puedan ser de otra manera³⁴. Pero ésta sería también la pretensión de una de las

³² KANT, *Crítica de la razón pura* (1781), trad. P. Ribas, Madrid, Alfaguara, 1978. Asumiendo las enseñanzas de HUME, en el sentido de que la observación por sí misma no proporciona conocimiento, KANT trató de hacer de la razón el fundamento del conocimiento sintético, suponiendo que hay principios *a priori* (categorías) que son condiciones necesarias del conocimiento. La geometría de Euclides y la mecánica newtoniana parecían buenos ejemplos de la existencia de tales principios. Si hubiera presenciado los cambios que habrían de sufrir tales categorías con el advenimiento de las geometrías no euclídeas y de la mecánica cuántica tal vez hubiera abandonado la idea.

Sobre el intento de justificación apriorística de la inducción por parte de KANT, G. H. VON WRIGHT, *The logical problem of induction*, cit., pp. 22 ss.

³³ J. STUART MILL, *Sistema de lógica inductiva y deductiva* (1843), trad. E. Ovejero y Maury, Madrid, Daniel Jorro, 1917.

³⁴ *Vid.* J. LOSEE, *Introducción histórica...*, cit., pp. 155 ss.

epistemologías más influyentes del siglo xx, el positivismo, tanto el de COMTE y SAINT-SIMON cuanto el “positivismo lógico” del Círculo de Viena (o “neopositivismo” o “empirismo lógico”, como propondría después uno de sus principales representantes, R. CARNAP). Ambos diferían en el modo como había de obtenerse el conocimiento positivo (empírico), pero no en la calidad del mismo, que en todo caso aspiraba a la certeza.

El “positivismo lógico” del Círculo de Viena³⁵, que dominó el panorama de la filosofía de la ciencia europea durante la década de los 30 y que supuso una renovación en la tradición empirista³⁶, se resistió también en un primer momento a desprenderse de la idea de que pueden obtenerse verdades empíricas “finales” o “incorregibles”. Los neopositivistas del Círculo de Viena —en particular el primer empirismo lógico, representado sobre todo por O. NEURATH y R. CARNAP— eran “ultraempiristas”: consideraban que los únicos enunciados con sentido, aparte de los de carácter lógico o matemático, son los enunciados sintéticos, los que tienen significado empírico. El criterio de significado empírico que se adoptó estaba influido por L. WITTGENSTEIN. Este autor había mantenido que todos los enunciados significativos están formados a partir de enunciados elementales, que dan una imagen verdadera o falsa de los hechos simples³⁷, y como, cualquiera que hubiera sido la opinión de WITTGENSTEIN, se interpretó que los enunciados elementales eran los observacionales, se sostuvo que éstos eran el punto de referencia para verificar empíricamente cualquier enunciado; es más, para garantizar la intersubjetividad y huir del solipsismo, los neopositivistas adoptaron la tesis “fiscalista”: todos los enunciados sobre hechos son reducibles a un número finito de enunciados elementales sobre el mundo físico³⁸. Se trata del criterio de

³⁵ La literatura producida por los neopositivistas es muy amplia. Sobre las doctrinas del Círculo pueden consultarse, en versión española, AAVV, *El positivismo lógico* (1959), A. J. AYER (comp.), trad. de L. Aldama, V. Frich, C. N. Molina, F. M. Torner y R. Ruiz, México, FCE, 1965; A. J. AYER, *Lenguaje, verdad y lógica* (1946), trad. de M. Suárez, Barcelona, Martínez Roca, 1971; J. R. WEINBERG, *Examen del positivismo lógico* (1936), trad. de J. L. Fernández de Castillejo, Madrid, Aguilar, 1959; I. M. BOCHENSKI, *La Filosofía actual* (1947), trad. de E. Imaz, México, FCE, 2.ª ed. ampliada, 7.ª reimp., 1976; V. KRAFT, *El Círculo de Viena* (1950), trad. de F. Gracia, Madrid, Taurus, 2.ª ed., 1977; J. MUGUERZA (COORD.), *La concepción analítica de la filosofía*, Madrid, Alianza, 1974, 2 vols., con trabajos de B. Russell, G. Moore, M. Schlick, R. Carnap, A. J. Ayer, M. Lazerowitz, M. Black, J. Wisdom, G. Ryle, F. Waismann, J. O. Urmson, W. V. Quine, P. F. Strawson, W. Sellars y J. J. Smart.

³⁶ En palabras de A. J. AYER, «la originalidad de los positivistas lógicos radica en que hacen depender la imposibilidad de la metafísica no en la naturaleza de lo que se puede conocer, sino en la naturaleza de lo que se puede decir; su acusación contra el metafísico es en el sentido de que viola las reglas que un enunciado debe satisfacer si ha de ser literalmente significativo», «Introducción», A. J. AYER (comp.), *El positivismo lógico*, cit., p. 16.

³⁷ L. WITTGENSTEIN, *Tractatus Logico-Philosophicus* (1922), trad. E. Tierno Galván, Madrid, Alianza, 1973.

³⁸ Como afirma uno de sus principales representantes, la tesis fiscalista es la que corresponde a una situación primitiva del lenguaje cotidiano, que al principio es fiscalista y luego

la “verificabilidad completa”: un enunciado “s” es empíricamente significativo si es posible especificar un conjunto finito de enunciados observacionales de los que “s” es deducible. A esto es a lo que se refería el positivismo lógico al sostener que el significado de una proposición consiste en su método de verificación. Por lo demás, en consonancia con su criterio de verificabilidad, los neopositivistas pensaban que aunque por razones prácticas no siempre pudiera obtenerse un conocimiento empírico seguro, podrían establecerse las reglas epistémicas que deben seguirse para alcanzarlo. Consideraban la epistemología como una metaciencia que debía sentar las reglas para la averiguación de la verdad³⁹; es decir, confiaban en que una aplicación correcta del “método empírico” establecería la verdad.

Del criterio empirista de significado deriva, sin embargo, una consecuencia problemática: las leyes (generales) carecen de significado empírico, pues no son deducibles de un conjunto finito de enunciados observacionales. Es decir, conforme a su criterio de significado, los neoempiristas tuvieron que rechazar —como HUME— el principio de causalidad, porque la causalidad no es una propiedad observable; y, en consecuencia, sólo aceptaban como legítima la descripción del mundo y no la explicación, pues ésta requiere del principio de causalidad. Con significativas aunque cáusticas palabras N. R. HANSON se refiere a ellos como “empiristas de secano”, que, preocupadísimos por las técnicas de corroboración y por la maximización de la exactitud estadística de los datos, restaron importancia a la explicación y comprensión de anomalías⁴⁰.

Este problema, que no es otro que el “viejo problema de la inducción”, como lo formulara HUME, obligó al empirismo lógico a revisar su criterio de la verificabilidad (completa) y a hacerlo más flexible: para que un enunciado sea empíricamente significativo debería bastar con que gozara de un cierto apoyo evidencial⁴¹. El propio CARNAP abogaba ya en 1936 por el criterio de la *confirmación gradual* para los enunciados universales⁴², que luego terminaría desarrollando en su teoría de la probabilidad lógica. Pero sería, sobre todo, en la obra

se impregna de metafísica. Por ello, el lenguaje fiscalista es «el lenguaje familiar a ciertos niños y pueblos “ingenuos”», O. NEURATH, «Sociología del fiscalismo», en *El positivismo lógico* (A. J. Ayer, comp.), cit., p. 296. En el mismo volumen *vid.* también sobre el fiscalismo, R. CARNAP, «Psicología en lenguaje fiscalista», pp. 171 ss.

³⁹ *Vid.* S. GORDON, *Historia y filosofía de las ciencias sociales* (1991), trad. J. M. Álvarez Flórez, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 632 ss.

⁴⁰ N. R. HANSON, *Patrones de descubrimiento. Observación y Explicación* (1958-1971), trad. de E. García Camarero y A. Montesinos, Madrid, Alianza, 1977, pp. 58-59.

⁴¹ *Vid.* S. ÁLVAREZ, «Racionalidad y método científico», en L. Olivé (ed.), *Racionalidad epistémica*, Madrid, Trotta, 1995, p. 153.

⁴² R. CARNAP, en «Testability and Meaning», *Philosophy of Science*, 3 (1936) y 4 (1937), propone ya, en efecto, reemplazar la noción de verificación por la de «confirmación gradualmente creciente».

de C. HEMPEL y otros positivistas lógicos donde, retomando un método de investigación que no era nuevo, se consagraría la legitimidad de las proposiciones fácticas que no describían entidades directamente observables, en la medida en que de ellas pudieran inferirse lógicamente proposiciones directamente verificables por observación. Se trata del "método de las hipótesis", consistente en plantear hipótesis acerca de unos hechos que luego se contrastan derivando de ellas las apropiadas implicaciones y comprobando éstas mediante la observación⁴³. Pero —como el mismo HEMPEL advirtió— la confirmación empírica de los datos derivados de una hipótesis no hace a ésta deductivamente concluyente, sino que tan sólo le presta un cierto apoyo inductivo; es decir, tan sólo la hace "probable" en un cierto grado⁴⁴. De nuevo "el problema de la inducción" se levanta como el muro infranqueable del conocimiento empírico infalible, aunque se empieza a aceptar ya, de manera generalizada, la legitimidad de un enunciado que sólo puede ser confirmado en algún grado por la observación.

2.º *Hacia una nueva concepción de la racionalidad empírica. La superación del problema de la inducción y la influencia de la epistemología pospositivista*

Pese a la revisión de su inicial criterio de verificabilidad, las epistemologías neopositivistas y empiristas en general aún tuvieron que seguir afrontando dos problemas básicos: por un lado, la validez de las inferencias inductivas; por otro, la fiabilidad de los datos sensoriales.

A propósito del "problema de la inducción", POPPER formula la primera contestación seria a los modelos de confirmación que había desarrollado el neopositivismo y construye una epistemología alternativa. A pesar de las similitudes que aún guarda con el Círculo de Viena, se produce en él una separación radical de las tesis de los positivistas. Mientras éstos habían buscado métodos de verificación (inductivos) que proporcionasen un conocimiento seguro, POPPER cree que el conocimiento empírico es siempre imperfecto, y sólo puede tener la esperanza de seguir avanzando por medio de sucesivas *Conjeturas y refutaciones*, el título de una de sus obras⁴⁵. La verdad —piensa POP-

⁴³ C. HEMPEL, *Filosofía de la ciencia natural* (1966), trad. de A. Deaño, Madrid, Alianza, 1973: la legitimidad de estas proposiciones no se obtiene ya a través de un procedimiento inductivo de inferencia de datos recogidos con anterioridad, sino a través del método de las hipótesis, p. 36.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 25 y 36; *vid.* también C. HEMPEL y P. OPPENHEIM, «Estudios en la lógica de la explicación» (1948), trad. cast. de I. Ruiz Aused, en C. HEMPEL, *La explicación científica. Estudios sobre filosofía de la ciencia*, Buenos Aires, Paidós, 1979.

⁴⁵ K. POPPER, *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones* (1963), trad. de N. Míguez, Buenos Aires, Paidós, 1967. Además, la epistemología de Popper en *La lógica de la investigación científica* (1935), trad. de V. Sánchez de Zavala, Madrid, Tecnos, 1967. Puede

PER— es algo distinto de la confirmación. "Verdadero" y "falso" son predicados intemporales, y por eso no son aplicables a los enunciados empíricos. De una proposición empírica no puede decirse que es verdadera o falsa, pues no es posible afirmar su verdad absoluta, sino que está o no confirmada; o sea, que es válida temporalmente. La racionalidad es por ello sólo una cuestión de método, pero la inducción no puede ser un método de justificación; el único método para obtener conocimiento seguro —sugiere POPPER— es la regla deductiva del *modus tollens*, la refutación empírica de hipótesis. A diferencia del esquema argumental (inductivo) de confirmación de HEMPEL, que desde el punto de vista lógico es un argumento falaz porque la veracidad de la conclusión no dice nada seguro sobre la premisa de la que se infirió⁴⁶, sólo el esquema deductivo del *modus tollens* permite inferir con seguridad la falsedad de la premisa a partir de la falsedad observada de la conclusión: nuestro conocimiento se construye a base de asegurarnos de lo que no es verdad⁴⁷.

Por otra parte, también los avances de la ciencia, que en el siglo XVIII habían propiciado en algunos planteamientos (por ejemplo, en KANT) la creencia en un conocimiento empírico inductivo capaz de proporcionar certezas incuestionables, dieron al traste con ella en los siglos posteriores. Aquella confianza reposaba en gran medida en la convicción de que el mundo físico está gobernado por leyes causales del tipo «si x, entonces siempre y»; la gran construcción mecanicista newtoniana, al hacer una interpretación determinista de la naturaleza, apoyaba esta creencia. Los avances científicos posteriores, y en particular los de la física cuántica, al presentar una naturaleza gobernada por el principio de indeterminación, propician más bien la creencia contraria⁴⁸: el mundo físico (atómico) no está regido por leyes causales, sino probabilísticas del tipo «si x, entonces y en un porcentaje z». Por lo demás, si el razonamiento empírico inductivo propio de las ciencias

verse también sobre su crítica al neopositivismo, S. GORDON, *Historia y filosofía de las ciencias sociales*, cit., pp. 640 ss.

⁴⁶ La confirmación de una hipótesis, en efecto, desde el punto de vista lógico es un argumento falaz, porque reproduce la "falacia del consecuente": $[(h \rightarrow i).i] \rightarrow h$, donde h representa la hipótesis sobre hechos e i representa el conjunto de implicaciones contrastadoras que se derivan de h. C. HEMPEL, *Filosofía de la ciencia natural*, cit., p. 22.

⁴⁷ Con todo, analizada rigurosamente, la epistemología popperiana también se mostraría insuficiente para fundar el anhelado conocimiento "seguro": la refutación de una hipótesis no es prueba concluyente de que la hipótesis sea falsa, pues el fallo puede deberse a la ausencia de otros factores necesarios.

⁴⁸ Según E. NAGEL [*La estructura de la ciencia. Problemas de la lógica de la investigación científica* (1961), trad. N. Míguez, Barcelona, Paidós, 2.ª reimp., 1989, p. 289], la concepción de que las leyes de la física representan tan sólo regularidades estadísticas fue defendida por Ch. S. PEIRCE antes de la mecánica cuántica en «The doctrine of Necessity Examined», *The Monist*, 2 (1892); reimp. en *Collected Papers of Charles S. Peirce*, C. Hartshorne, A. Burks y P. Weiss (eds.), Cambridge, Mass., Harvard University Press, 8 vols., 1930-58 (4.ª ed., 1974); vol. 6 («Scientific Metaphysics»), pp. 28-35.

de la naturaleza sólo es capaz de proporcionar leyes probabilísticas, *a fortiori* las regularidades de las llamadas ciencias sociales y de la experiencia común —las llamadas “máximas de experiencia”— tendrán también naturaleza probabilística. Y es que no es sólo que las generalizaciones obtenidas en los estudios sociales y en la experiencia común tengan carácter estadístico, porque la imposibilidad misma de identificar todas las variables que entran en juego impide enunciar las condiciones precisas de las que dependen invariablemente los diversos tipos de acontecimiento o conducta humana. Es que, además, el elemento “volitivo” que determina la conducta humana hace que, *eo ipso*, la acción humana concreta sea impredecible⁴⁹. Ahora bien, lo anterior no significa que el conocimiento basado en leyes probabilísticas sea vacío o ilegítimo, «excepto que se adopte la idea perfeccionista de que lo que se cree sobre el mundo constituye conocimiento sólo si hay bases empíricas objetivas para considerarlo absolutamente fuera de duda»⁵⁰; pero entonces nos veríamos abocados a un escepticismo tan noble como estéril⁵¹. Si ha de tener algún sentido la objetividad del conocimiento empírico debemos «rechazar la idea de que una teoría sea arbitraria a menos que esté basada sobre un fundamento indubitable»⁵². Lo que razonablemente se puede exigir es que las proposiciones inferidas de la experiencia se adopten como *probablemente* ciertas, reconociendo que pueden tener diferentes grados de seguridad.

El propio empirismo lógico —ya se indicó— fue abandonando progresivamente su inicial programa de búsqueda de procesos de conocimiento incorregible y lo sustituyó por la búsqueda de una “lógica inductiva”, una lógica que permitiera dotar de racionalidad al razonamiento inductivo, pues «aunque no podamos probar la verdad final de una hipótesis, podemos producir un conjunto de reglas que nos permitan determinar el grado en que ésta ha sido confirmada por los elementos de juicio disponibles»⁵³. La inducción encuentra entonces su justificación en las teorías de la probabilidad⁵⁴, bien entendida como “probabilidad matemática o estadística”, bien como “probabilidad lógica o inductiva”.

⁴⁹ Vid. E. NAGEL, *La estructura de la ciencia*, cit., p. 454; y, en general, sobre el tema, pp. 453 ss.

⁵⁰ S. GORDON, *Historia y filosofía de las ciencias sociales*, cit., p. 644.

⁵¹ «La insistencia aparentemente noble del escéptico radical tendente a asegurar una verdad indiscutible, en vez de conformarse con una garantía de aceptación razonable... es completamente contraproducente. Esa insistencia bloquea... todo proyecto de planteamiento de posiciones razonables con respecto a la información sobre las modalidades del mundo», N. RESCHER, *La racionalidad* (1988), trad. de S. Nuccetelli, Madrid, Tecnos, 1993, p. 80.

⁵² H. I. BROWN, *La nueva filosofía de la ciencia* (1977), trad. de G. Solana y H. Marraud, Madrid, Tecnos, 1983, p. 204.

⁵³ *Ibidem*, p. 193.

⁵⁴ Esto ya lo aceptó en el siglo pasado por primera vez W. S. JEVONS, para quien ninguna conclusión inductiva es más que probable, pues el conocimiento inductivo no proporciona certeza demostrativa, *The Principle of Science* (1874), New York, Dover Pub., 1958. En general, sobre

El concepto matemático de probabilidad, originariamente, concibe a ésta como una propiedad de los “sucesos” y la interpreta en términos de frecuencia relativa, utilizando para su análisis los métodos estadísticos desarrollados por la matemática. Se trata de un concepto relativamente nuevo que ha experimentado, sin embargo, un extraordinario desarrollo que comienza con PASCAL y FERMAT (y sus investigaciones sobre los juegos de azar), continúa con LAPLACE y GAUSS y sigue, entre otros, con VON MISES. El concepto lógico de probabilidad, en cambio, es el que corresponde al uso común de “probablemente”, “posiblemente”, “presumiblemente” (algo es verdad) y se predica, por tanto, de proposiciones y no de sucesos. Muy simplemente, dicho concepto entiende la probabilidad como una generalización de la verdad y no asume (al menos semánticamente) la interpretación frecuentista, por considerarla incapaz de dar respuesta a la probabilidad de los casos singulares: por ejemplo, la probabilidad de que alguien haya estado en algún sitio o haya hecho algo⁵⁵. Se trata, pues, de un concepto que ha sido considerado en todos los tiempos, desde Aristóteles hasta ahora, pero que no está sometido a métodos estadísticos y no goza del mismo grado de precisión que el concepto matemático. De todos modos ha habido también un intento constante de elaborar una lógica de la probabilidad análoga a la lógica de la verdad; DE MORGAN, BOOLE, VENN, PEIRCE y LUKASIEWICZ son ejemplos de ello⁵⁶.

Tal vez debido a la perfección que el cálculo matemático-estadístico de la probabilidad ha alcanzado, no faltan los planteamientos que, sobre la base de una identidad de fondo entre la probabilidad matemática y la probabilidad lógica, propugnan una interpretación de esta última en términos frecuentistas; es decir, entienden que el cálculo matemático de probabilidades es un buen instrumento para dar cuenta también de los procesos de razonamiento inductivo, aunque aplicando la probabilidad a “proposiciones”, en vez de a “sucesos”⁵⁷. El conocimiento empírico inductivo encontraría entonces su legitimidad en la interpretación probabilística del mismo, pues las leyes de proba-

los distintos desarrollos de la teoría de la probabilidad aplicable al conocimiento de la verdad de enunciados empíricos, *vid.* V. KRAFT, *El Círculo de Viena*, cit., pp. 166 ss.

⁵⁵ J. M. KEYNES, por ejemplo, en *A Treatise on Probability* (1921), London, Macmillan & Co., 1952, basa su concepto de “probabilidad lógica” en este problema.

⁵⁶ *Vid.* sobre estos dos grandes conceptos de probabilidad, H. REICHENBACH, *Experience and Prediction*, Chicago, University of Chicago Press, 1938, 6.ª ed., 1966, pp. 297 ss.

⁵⁷ Planteamientos de este tipo están presentes en las obras de H. REICHENBACH, *Wahrscheinlichkeitstheorie* (1935), trad. inglesa *The Theory of Probability*, Berkeley, Los Angeles, Univ. of California Press, 2.ª ed., 1949; y G. H. VON WRIGHT, *The logical Problem of Induction*, cit., *espc.*, pp. 153 ss. A este tipo de planteamientos hacen referencia M. COHEN y E. NAGEL bajo el nombre de “probabilidad como frecuencia de verdad” o “teoría frecuencial de la verdad”, que «puede asimilar todos los teoremas del cálculo de probabilidades y aceptar la fundamentación estadística de la probabilidad, introduciendo simplemente unos pocos cambios de índole verbal en la terminología», *Introducción a la lógica y al método científico* (1934), trad. de N. Míguez, Buenos Aires, Amorrortu, 2.ª ed., 1971, 2 vols., vol. I, p. 200.

bilidad tienen excepciones, pero excepciones que representan un porcentaje regular de casos⁵⁸. Con todo, en el intento de racionalizar los conocimientos de tipo inductivo, la construcción que más predicamento ha alcanzado es la de la probabilidad lógica o inductiva a través de las *teorías del grado de confirmación*, que entienden que la probabilidad de una proposición determinada depende del apoyo obtenido a través de proposiciones que son consecuencias lógicas de la misma. La probabilidad se mide entonces no en términos de frecuencia relativa, sino de “grado de creencia” (J. M. KEYNES), “aceptabilidad” (W. KNEALE), “grado de confirmación” (R. CARNAP, C. HEMPEL, K. POPPER), “apoyo inductivo” (L. J. COHEN) de una hipótesis respecto a una información⁵⁹. La probabilidad proporciona así fundamento objetivo para el conocimiento empírico que no puede aspirar a la certeza absoluta: no sabremos con total seguridad si el enunciado es verdadero, pero su grado de confirmación suministra una medida de la probabilidad de su verdad.

El otro problema, más radical, al que tiene que hacer frente el paradigma epistemológico empirista es el *escepticismo ante la fiabilidad de los propios datos sensoriales*. Se trata de la tesis subjetivista según la cual las observaciones están siempre “cargadas de teoría”: no hay hechos brutos, sino sólo “teóricos”, interpretados a partir de teorías o juicios de valor. Esta postura supone en el fondo una impugnación del “realismo epistemológico”, en cuanto posición que sostiene que la “objetividad” del conocimiento no deriva de nuestros esquemas de pensamiento, sino de ser el reflejo de un mundo independiente (objetivo) y que la verdad, por tanto, alude a la correspondencia entre nuestras creencias y el mundo⁶⁰.

⁵⁸ H. REICHENBACH, *La filosofía científica* (1951), trad. H. Flores Sánchez, México, FCE, 1953, p. 172.

⁵⁹ Este tipo de desarrollos en J. M. KEYNES, *A Treatise on Probability*, cit.; H. JEFFREYS, *Theory of Probability* (1939), Oxford, Clarendon Press, 3.ª ed. corregida 1961; R. CARNAP, entre otros trabajos, «Statistical and Inductive Probability» (1955), reimp. en E. H. MADDEN (ed.), *The Structure of Scientific Thought*, Boston, Houghton Mifflin Co., 1960, pp. 269 ss., y «The Aim of Inductive Logic», en E. NAGEL, P. SUPPES y A. TARSKI (eds.), *Logic, Methodology and Philosophy of Science*, Stanford, Stanford University Press, 1962, pp. 303 ss.; C. HEMPEL, *Filosofía de la ciencia natural*, cit.; K. POPPER, *La lógica de la investigación científica*, cit.; E. NAGEL, *Principles of the Theory of Probability*, Chicago, University of Chicago Press, 1969; W. KNEALE, *Probability and Induction*, Oxford, Clarendon Press, 1949, reimp. 1966; L. J. COHEN, «What has Confirmation to do with Probabilities?», *Mind*, 75, 1966 y *The Probable and the Provable*, Oxford, Clarendon Press, 1977. Un estudio sobre el tema, y en particular sobre los modelos de lógica inductiva probabilística de R. CARNAP, J. HINTIKKA y L. J. COHEN, en D. AISA MOREU, *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*, Zaragoza, Pressas Universitarias de Zaragoza, 1997.

⁶⁰ No parece plausible pensar que el realismo impugnado por las epistemologías subjetivistas sea el “realismo ontológico”, es decir, la posición que cree en (o presupone) la existencia de un mundo real (objetivo) independiente del sujeto cognoscente sobre el que se proyecta nuestro conocimiento. Salvo que se abracen posiciones filosóficas de corte marcadamente idealista o irracionalista, parece difícil negar que existe un mundo exterior a nuestro propio pensamiento.

Aunque de alguna manera esta tesis fue iniciada ya por BERKELEY, al negar la existencia de “sustancias materiales”, y por HUME⁶¹, para quien un conocimiento objetivo de la realidad es imposible porque el conocimiento sólo consiste en impresiones sensoriales, en su formulación actual la idea había sido avanzada por W. WHEWELL y secundada por el “empiriocriticismo” y por el “convencionalismo”. WHEWELL no admitía la posibilidad de “hechos puros”, aislados de teoría⁶². El “empiriocriticismo”, por su parte, sobre la base de una concepción unificada de la experiencia que aniquila la oposición entre lo “físico” y lo “psíquico”, rechazó postular un ámbito de realidad: la experiencia es el resultado de una organización conceptual de los datos⁶³. Y, en fin, el “convencionalismo”, al sostener que la elección de ciertas hipótesis en detrimento de otras para explicar los hechos es cosa de convenciones, de circunstancias extraempíricas (la coherencia, comodidad, simplicidad, etc.), culminó la aniquilación del concepto de hecho iniciada por el empiriocriticismo: la experiencia pura no existe; lo que suele concebirse como un “hecho bruto” no es más que un registro de sensaciones subjetivas, experimentadas desde ciertos presupuestos teóricos⁶⁴. No obstante, la formulación más acabada de estas tesis como revisión crítica de los postulados realistas del empirismo lógico es obra de N. R. HANSON y de otros representantes de la filosofía “pospositivista”, para quienes resulta imposible concebir un conocimiento observacional “puro”, no contaminado: «los hechos son aquello que afirman los enunciados verdaderos»⁶⁵.

Sin embargo, la epistemología convencionalista y postpositivista, con la destrucción del concepto de hecho y la adopción de conceptos de verdad no correspondencialistas, no puede sin más ser aceptada.

El realismo impugnado más bien hace referencia a una tesis epistemológica según la cual la “objetividad” del conocimiento es independiente de nuestros esquemas conceptuales.

⁶¹ Después de BERKELEY y HUME, y paralelamente al afianzamiento del positivismo, este escepticismo empirista ejerció su influencia en la filosofía anglosajona del siglo XIX y está presente en autores como MILL, SPENCER y REYMOND.

⁶² Vid. W. WHEWELL, *The Philosophy of the Inductive Sciences Founded upon Their History* (1840), 2.ª ed., 2 vols., London, J. W. Parker, 1847.

⁶³ Vid. E. MACH, *Análisis de las sensaciones* (1886), trad. de E. Ovejero y Maury, Madrid, Daniel Jorro, 1925.

⁶⁴ Vid. P. DUHEM, *The Aim and Structure of Physical Theory* (2.ª ed., 1914), trad. P. Wiener, New York, Atheneum, 1962, pp. 135-36; H. POINCARÉ, *La ciencia y la hipótesis* (1902), trad. de A. Besio y J. Banfi, Madrid, Espasa-Calpe, 1963.

⁶⁵ N. R. HANSON, *Patrones de descubrimiento. Observación y explicación*, cit., p. 17. Junto a HANSON, desarrollan también este punto de vista Th. S. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas* (1962), trad. de A. CONTÍN, Méjico, FCE, 1975; I. LAKATOS, *Historia de la ciencia y sus reconstrucciones racionales* (1971), trad. de D. Ribes, Madrid, Tecnos, 1974; I. LAKATOS y A. MUSGRAVE (comps.), *La crítica y el desarrollo del conocimiento* (1970), trad. de F. Hernán, Barcelona, Grijalbo, 1975, y P. K. FEYERABEND, *Contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento* (1970), trad. de F. Hernán, Barcelona, Ariel, 1974. Pero esta revisión de las tesis realistas del empirismo lógico había sido ya iniciada por W. O. QUINE, *Desde un punto de vista lógico* (1953), trad. de M. Sacristán, Barcelona, Ariel, 1962.

Por mencionar sólo una dificultad: nos enfrentaría al problema del solipsismo, pues si los hechos son lo que los enunciados verdaderos enuncian, y no aquello a lo que se refieren, es difícil entender cómo podemos comunicarnos. Alguna concesión al realismo parece necesaria.

Esta concesión al realismo está presente en muchos planteamientos contemporáneos que estiman que si ha de explicarse la objetividad de nuestro conocimiento, es decir, si ha de tener sentido afirmar que conocemos la verdad, no podemos mantener la extravagante hipótesis de la creación del objeto al conocerlo⁶⁶; y, en general, una mínima concesión al realismo estaría presente en lo que R. J. GÓMEZ llama "realismos disminuidos"⁶⁷. H. PUTNAM, en esta misma línea, aboga por lo que llama un "realismo interno" o del sentido común: aun cuando lo real sea siempre relativo al aparato conceptual que utilizamos (relativismo conceptual), el mundo que nos rodea es real. Es decir, hay "hechos externos" y podemos decir cuáles son; lo que no podemos decir es que esos hechos sean independientes de las elecciones conceptuales⁶⁸; si nuestras creencias más experienciales pueden actuar como test objetivo de nuestros juicios sobre el mundo es por la confianza que adquirimos en su corrección por su ajuste con el conjunto de nuestro sistema de creencias⁶⁹. Y desde posiciones de relativismo conceptual cabe aún ser más condescendiente con una epistemología realista: que sólo podamos hablar acerca del mundo a través de nuestros esquemas conceptuales sólo significa que nuestras representaciones del mundo real son siempre parciales e incompletas, no que carezca de sentido suponer que representan algo independiente de ellas mis-

⁶⁶ Vid. L. VILORRO, *Crear, saber, conocer*, México, Siglo XXI, 1982, p. 181. Un realismo epistemológico es el que defiende también M. BUNGE, quien sostiene que cuando un ser racional busca la verdad exige realismo, y lo define del siguiente modo: «el mundo existe en sí (por sí mismo), o sea, haya o no sujetos cognoscentes... y los seres humanos podemos conocerlo, aunque sólo sea en parte, imperfectamente», *Racionalidad y Realismo*, Madrid, Alianza Universidad, 1985, p. 45. Como realista es también la tesis de C. ULISES MOULINES sobre la inadecuación semántica del relativismo epistémico: «la idea de una verdad cultural o socialmente relativa... es totalmente inadecuada... No tengo empaque en subrayar que el único concepto de verdad que me parece aceptable ha de ser una noción absoluta», *Pluralidad y Recursión. Estudios Epistemológicos*, Madrid, Alianza, 1991, pp. 127-28; del mismo autor, también, «Platonismo vs. Relativismo en la teoría del saber», en E. GARZÓN VALDÉS y F. SALMERÓN (eds.), *Epistemología y Cultura. En torno a la obra de Luis Villoro*, México, UNAM, 1993.

⁶⁷ R. J. GÓMEZ, «Racionalidad: epistemología y ontología», en L. OLIVÉ (ed.), *Racionalidad epistémica*, cit., pp. 33 ss.

⁶⁸ H. PUTNAM, *Las mil caras del realismo* (1987), trad. de M. Vázquez y A. M. Liz, Barcelona, Paidós, 1994, p. 82. Vid. también, *Reason, Truth and History*, New York, Cambridge University Press, 1981, pp. 52 ss.

⁶⁹ Es de advertir, no obstante, que la posición de PUTNAM parece distinta según se trate de enunciados acerca del mundo físico o de enunciados acerca de prácticas sociales (como los de la ética o el Derecho). Mientras que en relación con los primeros mantiene la posibilidad de que la verdad pueda trascender aquello que podemos afirmar justificadamente, en relación con los segundos mantiene la equivalencia entre verdad y verificabilidad. Puede verse, sobre esto último, «Are Moral and Legal Values Made or Discovered?», *Legal Theory*, 1, 1996.

mas. Es decir, implican sólo que hay que rechazar la tesis ingenua de la verdad como exacta correspondencia (o copia) del mundo real y sustituirla por la de la verdad como representación *adecuada* de la realidad objetiva⁷⁰.

En todo caso, aun sin caer en los extremos de las epistemologías subjetivistas, lo cierto es que éstas han contribuido a resquebrajar la fe en un absoluto epistemológico. No se trata de disuadir de la confianza en nuestras experiencias, pero sí de prevenir frente a la tendencia a atribuir infalibilidad a las mismas. Máxime cuando se trata de experiencias mediatas, como sucede en el conocimiento judicial de los hechos o en cualquier conocimiento de hechos pasados. Y es que en estos casos nos enfrentamos con un problema adicional arriba señalado: el del *status* epistemológico del conocimiento inductivo, que no va más allá de la simple probabilidad. Pero nada de esto autoriza a abdicar de la objetividad del conocimiento, pues «ninguna persona cuerda debería creer que algo es "subjetivo" meramente porque no puede ser situado más allá de la controversia»⁷¹. En suma, ni abandono de un cierto "realismo epistemológico", aunque debamos ser conscientes de la carga conceptual de nuestra descripción del mundo, ni abdicación de la idea de "conocimiento inductivo objetivo o racional", aunque se trate de una objetividad tamizada por el concepto de probabilidad.

b) El conocimiento de los hechos en la ciencia jurídica de los últimos siglos

1.º El modelo de la Ilustración

Aunque, como ya se indicó, los paradigmas del conocimiento jurídico o los modelos de "ciencia" del Derecho no siempre han caminado al compás de la epistemología dominante, la Ilustración es quizá uno de esos momentos en que cabe hablar de una *unidad del saber*, de un estímulo compartido que pugna por el desarrollo de todas las áreas del conocimiento bajo un sello unitario que pretende inspirar desde las ciencias naturales, la cosmología y la óptica al Derecho, la moral e incluso la religión. Ese sello unitario puede resumirse en una idea: el imperio de los hechos. Desde luego, también de la razón, pero no de una razón como la del siglo XVII, situada en las regiones de la metafísica o de los primeros principios, sino de una razón que se quiere más instrumental y operativa, que se propone ante todo comprender el mundo y los fenómenos. CASSIRER lo explica perfectamente: ahora «los fenómenos son lo dado y los principios lo inquirido»; no es la

⁷⁰ M. A. QUINTANILLA, «Introducción» a H. PUTNAM, *Las mil caras del realismo*, cit., pp. 31 ss., que denomina a su posición "realismo tentativo" o hipotético.

⁷¹ H. PUTNAM, *Las mil caras del realismo*, cit., p. 139.

lógica de la pura matemática, sino la “lógica de los hechos”; y precisamente «esta nueva jerarquía metódica es la que presta su sello a todo el pensar del siglo XVIII»⁷².

Esta especie de reconciliación de los distintos saberes bajo un mismo modelo es lo que con acierto se ha llamado la generalización del paradigma newtoniano: «todo investigador es un Newton en potencia», porque sólo su método es admitido como prototipo de cualquier género de conocimiento; el fundamento de la inducción, que asegura la validez de todas nuestras pretensiones de verdad, ha de ser idéntico en todos los dominios⁷³. De manera que si es cierto que el siglo XVIII es el siglo de la razón, conviene añadir que lo es justamente de la razón newtoniana⁷⁴, cuya actitud hacia los hechos, hacia la observación y la experiencia como forma de comprensión de los mismos, resultaría determinante no sólo para el ulterior desarrollo de las ciencias naturales, sino también para las ideas y proyectos que el pensamiento jurídico de la Ilustración forjó en torno a la búsqueda de la verdad en el proceso judicial. Como observa KOLAKOWSKI, el positivismo de las Luces engendró el culto al “hecho”, lo que condujo irremediamente a depositar una extraordinaria confianza en la experiencia⁷⁵, cuya virtualidad alcanza incluso a las reflexiones aparentemente menos experimentales, como la moral: «la moral, como toda otra ciencia, tiene sus sólidos y seguros fundamentos en la experiencia», proclamaba D'HOLBACH⁷⁶.

⁷² E. CASSIRER, *La filosofía de la Ilustración* (1932), trad. de E. Imaz, México, Buenos Aires, FCE, 2.ª ed., 1950, pp. 22 ss. En un sentido análogo dice P. HAZARD, comentando la obra e influencia de Locke, que «el espíritu del siglo XVIII, tal como tiene sus raíces en el siglo XVII, es racionalista por esencia y empirista por transacción». «Thomasius ha leído el “Ensayo” (sobre el entendimiento humano, de Locke, 1690) hacia 1700; y este libro ha hecho de él un precursor de la época de las luces: Locke está en el recodo de las rutas europeas que conducen hacia el nuevo siglo», P. HAZARD, *La crisis de la conciencia europea*, cit., pp. 218 y 227. También a juicio de M. CATTANEO, las bases teóricas de los movimientos políticos y filosóficos del siglo XVIII reposan en la gran tradición empirista inglesa del siglo XVII, *Iluminismo e legislazione*, Milano, Ed. di Comunità, 1966, pp. 22 ss.

⁷³ Vid. G. GUSDORF, *Les principes de la pensée au siècle des lumières*, Paris, Payot, 1971, pp. 180-183. No es sorprendente por ello que S. GOYARD-FABRE califique a Montesquieu como el «Newton del mundo humano», *La Philosophie du Droit de Montesquieu*, Paris, Klincksieck, 1973, p. 57.

⁷⁴ A. VACHET, *La ideología liberal*, trad. de P. Fernández Albaladejo y otros, Madrid, Fundamentos, 1972, vol. II, p. 19.

⁷⁵ L. KOLAKOWSKI, *La filosofía positivista*, cit., p. 45. Tal vez este “culto al hecho” del que habla KOLAKOWSKI se muestre en el encendido ataque que dirige A. CHAUMEIX [*Préjugés légitimes contre L'Encyclopédie et essai de réfutation de ce dictionnaire* (1758-59)] contra las nuevas, infundadas y perniciosas ideas de la Ilustración. El punto central de su crítica reside en la maximización del conocimiento sensorial que los ilustrados defienden, en su teoría epistemológica absolutamente sensualista, vid. R. SORIANO, *La Ilustración y sus enemigos*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 50 ss.

⁷⁶ *Moral universal o deberes del hombre fundados en su naturaleza*, trad. de M. Díaz Moreno, Madrid, Imprenta Repullés, 2.ª ed., 1821, p. 34.

VOLTAIRE lo expresaba de modo rotundo: «hay que haber renunciado al sentido común para no estar de acuerdo en que nada sabemos en el mundo, si no es por la experiencia», actividad en la que no conviene mezclar a las Sagradas Escrituras ni buscar tampoco la sustancia o esencia de las cosas, pues «esa misma palabra de sustancia —lo que está debajo— nos advierte suficientemente que lo que está debajo nos será siempre desconocido... es el secreto de la naturaleza y no se lo ha revelado a ningún mortal»⁷⁷. Y VOLTAIRE, cuya fama en Francia comienza por su apología de NEWTON⁷⁸ pero que ejercerá una influencia decisiva en todas las disciplinas, puede considerarse el símbolo del nuevo modelo de conocimiento, al enseñar que nada puede darse por sentado «que no sea inmediata, constante y exactamente verificado por los hechos»⁷⁹. Se trata, en suma, de una inversión del modelo racionalista del siglo XVII: de la razón especulativa a la razón empírica; de los principios a los hechos; de las sustancias a lo fenoménico y causal.

Sin embargo, este papel protagonista que se atribuía a los hechos, a la observación y al método experimental no implicaba una creencia acrítica en la naturaleza infalible del conocimiento empírico, sobre todo del que versa sobre hechos del pasado o del futuro. En este sentido, parece que los ilustrados podían alegar, de entrada, la autoridad de HUME, quien, al llevar hasta sus últimas consecuencias el empirismo, arruinó el crédito que pudiera darse al conocimiento que procede de la experiencia⁸⁰. Pero es que, además, la cabal comprensión de los presupuestos newtonianos conducía a la misma conclusión: las únicas fuentes de la verdad, dirá BUFFON, son la evidencia de las matemáticas y la certidumbre de la física, y a medida que nos alejamos de una u otra sólo encontramos probabilidad y verosimilitud; y esto es precisamente lo que ocurre con los hechos o fenómenos naturales, donde hemos de resignarnos a pasar de la certidumbre a la aproximación⁸¹. Incluso CONDILLAC confiesa abiertamente que existen dos clases de verdades: aquellas que versan sobre las cosas o los cuerpos, que pueden ser falsas o equivocadas, y aquellas que se refieren a las figuras geo-

⁷⁷ VOLTAIRE, «El filósofo ignorante» (1766), en *Opúsculos satíricos y filosóficos*, ed. de C. R. de Dampierre, Madrid, Alfaguara, 1978, pp. 112 ss.

⁷⁸ Vid. E. CASSIRER, *La filosofía de la Ilustración*, cit., p. 63.

⁷⁹ Éste es el mérito esencial que VOLTAIRE destaca de Newton. Vid. D. MORNET, *El pensamiento francés en el siglo XVIII: el trasfondo intelectual de la Revolución francesa* (1969), trad. de A. Gabriel Rosón, Madrid, Encuentro, 1988, p. 81.

⁸⁰ La crítica de Hume suponía la renuncia al concepto de “causa necesaria” y, por consiguiente, una concepción meramente probabilista del conocimiento: «Así como la necesidad que hace “dos veces dos” igual a cuatro o los tres ángulos de un triángulo igual a dos rectos reside tan sólo en el acto del entendimiento... la necesidad del poder que une las causas y efectos radica en la determinación del espíritu a pasar de los unos a los otros», D. HUME, *Tratado de la naturaleza humana*, cit., Libro I, Parte Tercera, Sección XIV, p. 113.

⁸¹ BUFFON, *De la manière d'étudier et de traiter l'Histoire Naturelle*, citado por G. GUSDORF, *Les principes de la pensée au siècle des lumières*, cit., pp. 187 ss.

métricas, que serán necesariamente ciertas⁸². En definitiva, parece que la filosofía de la Ilustración se hizo eco de la epistemología dominante, y por ello tan importante resulta la apelación a los hechos y a la observación como la insistencia en el carácter meramente probable de su conocimiento. «El filósofo —puede leerse en la *Enciclopedia*— construye sus principios sobre una infinidad de observaciones particulares», pero es consciente de que no siempre puede alcanzar la verdad plena y por eso «no la confunde con la verosimilitud; toma por verdadero lo que es verdadero, por falso lo que es falso, por dudoso lo que es dudoso, por verosímil lo que no es más que verosímil»⁸³.

La proyección de estas ideas al campo del pensamiento jurídico es casi mimética. Ante todo, y como ya indicamos, el culto al hecho postula una limitación de lo jurídicamente relevante, sobre todo en materia punitiva, a lo fenoménico y causal, algo que aparece estrechamente unido al proceso de secularización: objeto del Derecho ya no son las meras opiniones ni mucho menos los rasgos del carácter que presuntamente denuncian una personalidad peligrosa, herética o endemoniada (recuérdese el delito de magia), sino fundamentalmente los hechos externos susceptibles de observación y, más concretamente, aquellos que producen un mal tangible a la sociedad⁸⁴. Ésta es una de las principales herencias ilustradas que reconoce el garantismo penal de nuestros días: «el carácter *empírico* o *fáctico* de las hipótesis de desviación legalmente definidas»⁸⁵.

En segundo término, y por lo que respecta a la naturaleza de la prueba, tal vez pudiera temerse que la concepción demostrativa o deductiva de la prueba —proveedora de verdades infalibles— hubiese sido la idea rectora en los planteamientos ilustrados acerca del carácter “neutro” del poder judicial⁸⁶ y de la naturaleza silogística de su modo de razonar⁸⁷; pues, al fin y al cabo, si el juez ha de ser la “boca que pronuncia”, un instrumento sólo de conocimiento y no de voluntad, es razonable suponer que su pasividad se manifieste con mayor motivo en lo aparentemente más fácil (los hechos) que en lo más difícil (las normas). Sin embargo, los juristas de la Ilustración conocían (porque

⁸² CONDILLAC, *Tratado de las sensaciones*, trad. de G. Weinberg, Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 275.

⁸³ D. DIDEROT y J. D'ALAMBERT, voz “filósofo”, en *Artículos políticos de la Enciclopedia*, ed. de R. Soriano y A. Porras, Madrid, Tecnos, 2.ª ed., 1992, pp. 60 ss.

⁸⁴ *Vid.* las definiciones, casi coincidentes, de C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., XXIV, p. 140; y J. BENTHAM, *Tratados de legislación civil y penal*, trad. de R. Salas de la edición de E. Dumont (1821), Madrid, Nacional, 1981, p. 225.

⁸⁵ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 34.

⁸⁶ Así MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, cit., Libro XI, cap. VI.

⁸⁷ Seguramente nadie lo expresó con mayor claridad que BECCARIA: «En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o pena. Cuando el juez sea constreñido, o cuando quiera hacer aunque sea sólo dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre», *De los delitos y de las penas*, cit., IV, p. 76.

la experiencia se lo había enseñado) que el juez puede engañarse y desgraciadamente se engaña a menudo⁸⁸; «que las pruebas evidentes, indubitables, demostrativas, son harto raras en la práctica de los negocios; y que las circunstancias de los hechos no resultan siempre con la evidencia que es menester»⁸⁹. Conocían, en definitiva, que los hechos no son demostrables deductivamente a partir del material probatorio⁹⁰, de manera que la certeza de los mismos nunca es absoluta u objetiva, sino, si acaso, moral o “subjética”. FILANGERI lo reconoce expresamente: en la certeza sobre los hechos empíricos existe «una probabilidad muy grande, mas no una certeza absoluta»⁹¹. Tal vez por ello pudieron afirmar que «de las tres partes en que se divide la legislación criminal —a saber: establecimiento de leyes penales; medios o procedimientos para averiguar la certeza de los delitos y delincuente; e imposición o ejecución de las penas—, la segunda es la que requiere mayor tiento, más peso de prudencia»⁹². Y tal vez por ello arremetieron también contra el uso “cuantificado” y estrambótico de las medias, cuartas y octavas partes de prueba⁹³. En resumen, «las verdades históricas sólo son probabilidades» y, por eso, «como el juez no tendrá nunca completa certeza, no podrá jactarse de conocer perfectamente la verdad»⁹⁴.

Es cierto que algunos ilustrados parecen confiar en que, en principio, cabe obtener una verdad procesal que sea exacto reflejo de la realidad objetiva. Por ejemplo, FORNER, tras insistir en la naturaleza probabilística de la prueba, llama, no obstante, “evidencia” a «aquella prueba tan concluyentemente cierta que se presenta al entendimiento como si hubiera visto y presenciado el hecho sin que deje el menor escrúpulo de duda»⁹⁵; y el mismo BECCARIA, tras afirmar que «la cer-

⁸⁸ J. BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, obra compilada de los manuscritos del autor por E. DUMONT (1823), trad. de M. Ossorio, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, vol. II, p. 130.

⁸⁹ J. P. FORNER, *Discurso sobre la tortura* (1792), edición de S. Mollfulleda, Barcelona, Crítica, 1990, p. 172.

⁹⁰ Prueba, decía BENTHAM, es palabra engañosa, pues «parece que la cosa llamada así tiene fuerza suficiente para determinar el convencimiento. Sin embargo, no se debe entender por tal sino un *medio* que se utiliza para establecer la verdad de un hecho, medio que puede ser bueno o malo, completo o incompleto», *Tratado de las pruebas judiciales*, cit. vol. I, p. 30.

⁹¹ *Ciencia de la Legislación*, cit., Libro III, cap. XIII, p. 151. *Vid.* también F. M. PAGANO, *La logica dei probabili. Per servire di teoria alle prove nei giudizi criminali* (1806), Spadafora, Salerno, 1924.

⁹² J. P. FORNER, *Discurso sobre la tortura*, cit., p. 143.

⁹³ En algunas partes —escribía VOLTAIRE— «se admiten unas medias pruebas que no son en realidad más que dudas, pues es sabido que no existen medias verdades; pero en Toulouse se admiten las cuartas y octavas partes de pruebas. Por ejemplo, un *he oído decir*, puede ser considerado como un cuarto de prueba, y otro *he oído decir* un poco más vago, como una octava parte; de modo que ocho rumores, que no son en realidad más que el eco de un rumor mal fundado, pueden componer una prueba completa», *Comentario sobre el libro “De los delitos y de las penas” por un abogado de provincias* (1766), editado en C. Beccaria *De los delitos y de las penas, con el comentario de Voltaire*, trad. de J. A. de las Casas, Madrid, Alianza, 1986.

⁹⁴ VOLTAIRE, *Diccionario Filosófico*, cit., voz “verdad”, vol. II, p. 610.

⁹⁵ J. P. FORNER, *Discurso sobre la tortura*, cit., p. 182.

teza que se requiere para declarar a un hombre culpable es, pues, la que determina a todo hombre en las operaciones más importantes de la vida», añade, sin embargo, que «pueden distinguirse las pruebas de un delito en perfectas e imperfectas», y llama «perfectas a las que excluyen la posibilidad de que tal hombre no sea culpable»⁹⁶. Es dudoso si se trata de una reminiscencia del modelo de prueba legal o expresa una confianza en que el éxito de algunos medios probatorios ofrezca necesariamente una verdad irrefutable. Sea como fuere, lo cierto es que la filosofía ilustrada insistió reiteradamente en la fisonomía probabilística que en la práctica revestía el conocimiento de los hechos y, por tanto, en la posibilidad del error judicial y de la condena del inocente.

Este último es un aspecto que merece destacarse, porque la apelación al error judicial fue uno de los argumentos predilectos en favor de la abolición o, cuando menos, de la moderación en el uso de la pena capital, así como, en general, de la reforma de las leyes penales y procesales. «No puede haber certidumbre cuando física o moralmente es posible que las cosas sean de otra manera», escribía VOLTAIRE en una voz del *Diccionario Filosófico* que, bajo el título de «Certidumbre. Cierzo», se dedicaba precisamente a glosar los graves errores judiciales del siglo⁹⁷. Cuando la pena capital golpea al inocente ninguna reparación es capaz de reanimar sus cenizas, se lamentaba otro autor abolicionista⁹⁸. Ciertamente, el origen de esos errores se imputaba al procedimiento inquisitivo y a las prácticas judiciales de la época, pero sin duda reposaba también en la concepción probabilística del conocimiento de hechos. Resultan elocuentes, a este respecto, las palabras de un autor español que, consciente de la naturaleza probabilística de la conclusión del silogismo judicial cuando sus premisas son sólo probables, argumenta contra la tortura por no pasar ésta «de los términos de un mero indicio, e indicio debilísimo y fragilísimo»: si las premisas son meramente probables —escribe— «la conclusión que incluyen no puede pasar de la probabilidad. A ésta llaman los filósofos *argumentación dialéctica*, como si dijésemos *disputable*; y su producto no es la verdad, sino la opinión. El tormento es un antecedente dudoso, incierto, problemático. ¿Cómo, pues, se califican de evidentes en la práctica las confesiones de los reos atormentados, no siendo otra cosa que productos de premisas falibles?»⁹⁹.

Por último, notablemente significativo es el cambio que se opera en el modelo de valoración de las pruebas como consecuencia de asumir

⁹⁶ C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, citado, VII, p. 84.

⁹⁷ VOLTAIRE, *Diccionario Filosófico*, cit., vol. I, p. 424.

⁹⁸ En concreto, PHILIPON DE LA MADELAINE, «Discours sur la nécessité et les moyens de supprimer les peines capitales», en BRISSOT DE WARVILLE, *Bibliothèque Philosophique du Législateur*, París, 1780-85, t. V, p. 18.

⁹⁹ J. P. FORNER, *Discurso sobre la tortura*, cit., pp. 182-83.

el carácter probabilístico de los resultados probatorios. La aceptación de que el conocimiento de los hechos proporciona en la práctica sólo probabilidad y no certeza absoluta, supuso un abandono de los modelos de prueba legal, instalados sobre una concepción demostrativa de la prueba, y una apertura hacia esquemas valorativos basados en la convicción judicial, instalados en una concepción inductiva de la prueba, es decir, en un esquema probatorio que no se resuelve en conclusiones necesarias, sino sólo probables. El carácter meramente probabilístico de los medios de prueba acarrea, en efecto, el abandono de la regla legal de valoración, «que constriñe al juez a pronunciarse en contra de su íntima persuasión»¹⁰⁰, e impone que la prueba del hecho sólo se entenderá alcanzada cuando el juez, a la vista del material probatorio, se persuade de la ocurrencia del mismo. Pero —obsérvese— a la vista del material probatorio. La libre convicción del juez no es persuasión libérrima y sin sujeción a pruebas, pues ello habría significado la adopción de un modelo de valoración de la prueba tan irracional como el anterior, por cuanto en ambos casos, aunque por razones distintas, la valoración sería ajena al control de los hechos. El principio ilustrado de la libre convicción significa que pertenece sólo al juzgador la decisión de dar por probado un hecho a la luz del material probatorio, no, por tanto, que ello pueda hacerse «sin pruebas»¹⁰¹.

2.º *La Ciencia y la praxis procesal postilustrada*

Si la cultura jurídica de la Ilustración parecía acompañada con la epistemología dominante, no puede decirse lo mismo de la ciencia y, sobre todo, de la praxis procesal postilustrada. La única coincidencia que puede constatarse es tan sólo la producida con la más tosca y minoritaria epistemología positivista, que, al concebir el conocimiento como un proceso guiado por reglas seguras, confía en la obtención de una certeza absoluta. Después de la Ilustración se produce un divorcio sustancial entre el paradigma epistemológico dominante y la Ciencia procesal¹⁰² que se manifiesta sobre todo en el significado que se atribuyó al principio de «libre valoración de la prueba».

Tanto en el conocimiento de hechos como en la interpretación del Derecho, el racionalismo acríptico que caracteriza el llamado posi-

¹⁰⁰ J. BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., vol. I, p. 12.

¹⁰¹ «Un juez no puede pronunciar una decisión sobre una cuestión de hecho, mientras ese hecho no se encuentre establecido por escrito, o probado por testigo, y discutido en presencia de las partes por ellas mismas», *Ibidem*, p. 95.

Por ello dice L. FERRAJOLI que el principio de la libre convicción significa que el juez puede «condenar no simplemente *secundum conscientiam*, sino *ex informata conscientia*, justificando su convicción *iuxta alligata atque probata*», *Derecho y razón*, cit., p. 611.

¹⁰² L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 191, nota 56.

tivismo teórico¹⁰³ obedece más bien a causas que pudiéramos llamar internas que a la influencia de planteamientos filosóficos generales. Por lo que se refiere a las normas, eludió los problemas de la vaguedad del lenguaje, de las lagunas o de las contradicciones, que en algún caso habían estado muy presentes en la cultura del iluminismo, “suponiendo” dogmática o ficticiamente que en realidad tales problemas no existían o que, en el peor de los casos, el juez disponía de ciertas herramientas o métodos de interpretación para alcanzar la objetividad y la solución correcta en todo caso¹⁰⁴. Con todo, hay que reconocer que, a propósito del conocimiento e interpretación de las normas, el positivismo más acrítico inició su decadencia a mediados del siglo XIX. La conversión antiformalista del segundo IHERING, la jurisprudencia de intereses en Alemania, el sociologismo de DUGUIT, la renovación operada por GÉNY en Francia, en suma, todos los antiformalismos que culminaron en el Derecho libre o en el realismo norteamericano, orientaron sus críticas al corazón mismo de la teoría de la interpretación positivista, a los dogmas de completud y coherencia, a la concepción estatalista de las fuentes y mecanicista de la jurisprudencia, etc.¹⁰⁵. Es verdad que no siempre fueron capaces de extraer todas las conclusiones, manteniendo a veces la idea de un juez apolítico, neutral y objetivo pese a su creciente y postulada desvinculación de la ley¹⁰⁶; pero, en todo caso, consiguieron iluminar las numerosas dificultades y “subjetividades” que encierra la aplicación de las normas. En general, sin embargo, no parece que prestasen la misma atención a los hechos.

En relación con los hechos, el principio revolucionario de la libre convicción, que había certificado la defunción del sistema de prueba legal, sufrió una evolución que FERRAJOLI no duda en calificar como «una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales»¹⁰⁷. La libre convicción era el corolario de haber sustituido el razonamiento deductivo propio de la prueba legal por una concepción inductiva, y, por tanto, probabilística, de las pruebas. Esa libertad, unida a la presunción de inocencia y a la carga probatoria, suponía que la insuficiencia que ahora presentaba la prueba, esto es, su carácter probable y en sí mismo nunca suficiente, había de complementarse con el convencimiento del juez, pero no que éste sustituyese el esfuerzo indagatorio por su con-

¹⁰³ Vid. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Ed. di Comunità, 1977, pp. 101 ss.

¹⁰⁴ Vid. L. PRIETO, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., cap. I.

¹⁰⁵ Vid., en general, K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (4.ª ed., 1979), trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994, Parte Primera; también el ya citado de L. PRIETO, *Ideología e interpretación jurídica*, cap. I.

¹⁰⁶ Fue, como dice D. SIMON, «el malabarismo verbal por obra del cual la vinculación sigue siendo vinculación si es el sentido “objetivo” del juez y no el sentido subjetivo del legislador al que se le otorga obligatoriedad», *La independencia del juez*, trad. de C. Ximénez Carrillo, Barcelona, Ariel, 1985, p. 78.

¹⁰⁷ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 139.

ciencia o que pudiera realizar una *valoración libre de los medios y contenidos probatorios*, por lo demás necesitados de motivación. Pero esto último es aproximadamente lo que sucedió: la libre convicción se convirtió en una especie de “momento místico”¹⁰⁸ capaz de suplantar a las pruebas o, cuando menos, de permitir su ponderación discrecional y no discutible. De este modo, «el rechazo de las pruebas legales como condiciones *suficientes* de la condena y de la pena derivó de hecho en la negación de la prueba como condición *necesaria* de la “libre” convicción»¹⁰⁹.

Esta interpretación de la libre convicción como valoración libre permitió a la Ciencia y a la praxis procesal eludir el enorme problema de justificación de la inducción¹¹⁰. Y el resultado es el que cabía esperar. Sin necesidad de atender a ninguna construcción epistemológica depurada, el pensamiento jurídico logró tener una magnífica imagen de sí mismo y, en particular, de la actividad judicial de aplicación del Derecho. Tal vez, en el fondo, siempre ha existido una “mala conciencia” acerca de esta seguridad, que no ha dejado de emerger en algunas ocasiones, pero en líneas generales no se ha puesto en duda la posibilidad de un conocimiento racional, cierto y seguro tanto de las normas como de los hechos. Creo que el siguiente texto de LABAND ilustra perfectamente esta concepción: «la *decisión jurídica* consiste en la subsunción de un supuesto de hecho bajo el Derecho vigente, y es, como toda conclusión lógica, independiente de la voluntad; no hay libertad para decidir si la consecuencia debe darse o no, pues, como suele decirse, resulta de suyo, con necesidad interna. El llamado a decidir puede verse obligado a investigar el hecho y en el establecimiento del mismo se le puede reconocer un amplio espacio de juego para su libre apreciación, pero la configuración del mismo no depende de su voluntad. Del mismo modo, el Derecho objetivo (la proposición lógica superior) puede conceder al juez un amplio poder discrecional, prescribirle que atienda a la equidad, autorizarle

¹⁰⁸ P. ANDRÉS IBÁÑEZ, «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», cit., p. 280.

¹⁰⁹ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 139.

¹¹⁰ De hecho, la mutación que sufrió el principio de la libre convicción obedeció principalmente a la ausencia de una elaborada teoría de la prueba y de la convicción inductiva que habría impedido la nueva interpretación. Por lo demás, esta nueva interpretación del principio se vio favorecida porque el modelo procesal acusatorio («elaborado por la tradición clásica del *ars disputandi* y después por la inglesa del *law of evidence*» y que había sido introducido en Francia por los decretos de 1789 y 1791) no logró sobrevivir a la estación revolucionaria. El código termidoriano de 25 de octubre de 1795, primero, y el napoleónico de 1808, después, al sustituir la acusación ante jurado por un sumario escrito y secreto llevado de oficio por el juez instructor, instauraron un proceso inquisitivo donde, no obstante, siguió incardinado el principio de la íntima convicción. El resultado de todo ello sería un sistema mixto, que después ha sido recibido por numerosas legislaciones procesales: predominantemente inquisitivo en la fase instructoria, predominantemente acusatorio en la fase de debate, y dominado en ambas fases por el principio de la libre convicción del juez-inquisidor, *Ibidem*, pp. 139-140.

una sentencia arbitraria. A pesar de ello, el juez no habrá dado vigencia a *su* voluntad, sino a la del Derecho objetivo, pues es la *viva vox legis*»¹¹¹.

Incluso cuando, a partir de los propios presupuestos epistemológicos del positivismo filosófico, comienza a ponerse en duda el valor científico de la jurisprudencia, las críticas y reservas se proyectan exclusivamente sobre el Derecho, sobre la interpretación de unas normas imperfectas y pasajeras no susceptibles de servir como objeto de una construcción científica; no, en cambio, sobre los hechos. Son muy significativos, en este sentido, los elogios que dedica KIRCHMANN al método experimental y de la observación, en contraposición al propio de los juristas, omitiendo por completo que al menos una parte de la labor de aplicación del Derecho se funda o debe fundarse en las directrices enunciadas por el admirado BACON¹¹². En otras palabras, que si la jurisprudencia no es ciencia, ello obedece a que ha de trabajar con normas, no a que haya de hacerlo también con hechos.

En suma, la concepción que suelen tener los juristas acerca de los hechos enjuiciables «consiste simplemente en dar por descontada la posibilidad de que en el proceso se asegure la verdad» sobre los mismos¹¹³, y quizá a ello obedezca ese comentado descuido que han mostrado las teorías de la argumentación hacia lo que constituye la premisa menor del razonamiento: el problema —se supone— aparece siempre en la determinación del significado de las normas, pues, en hipótesis, los hechos, en tanto que hechos empíricos o psicológicos, pueden siempre ser conocidos con suficiente fiabilidad. No deja de ser significativo, en este aspecto, la inclinación forense a atribuir a los juicios de hecho una naturaleza “deductiva”¹¹⁴.

Pero en el pensamiento jurídico y en la Ciencia procesal también cabe encontrar reflejos de las epistemologías pospositivistas o subjetivistas en general: por una parte, en lo referente a la carga teórica que acompaña inevitablemente a todo conocimiento; por otra, en lo referente al concepto y criterios de verdad.

Una primera influencia de las epistemologías subjetivistas en la Ciencia y la praxis procesal es, en efecto, la asunción de la ineludible *contaminación teórica* del conocimiento de los hechos. La idea de que

¹¹¹ P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5.ª ed., vol. II, p. 178, citado por Ch. STARCK, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, trad. de L. Legaz, Madrid, CEC, 1979, p. 359. De la obra de LABAND hay una edición en cuatro volúmenes por Scientia Verlag Aalen, Tübingen, 1964.

¹¹² Vid. J. H. VON KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia* (1847), ed. de A. Truyol Serra, Madrid, CEC, 3.ª ed., 1983, pp. 11 ss.

¹¹³ M. TARUFFO, «Note sulla verità dei fatti nel processo civile», en *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, L. GIANFORMAGGIO (ed.), Torino, Giappichelli, 1993, p. 361.

¹¹⁴ Vid. P. ANDRÉS IBÁÑEZ, «Acercas de la motivación de los hechos en la sentencia penal», cit., p. 283.

no existen “hechos brutos”, sino interpretados a partir de alguna teoría, ha impregnado también los planteamientos jurídicos, propiciando la toma de conciencia del carácter “relativo” de la verdad judicial fáctica. Al margen de la calificación jurídica de los hechos, que es una operación normativa, el juicio de existencia —se sostiene— también comporta una calificación, pues siendo individualizable el hecho sólo a través del lenguaje que “lo recorta” de la realidad, el juez no puede conocer ningún hecho, ni presente ni pasado, sin “calificarlo”, sin precisar de alguna manera de qué cosa se trata¹¹⁵. Quizá el aspecto más evidente de esta carga teórica del conocimiento judicial fáctico sea la constatación de la ineludible (aunque indeseable) proyección de la subjetividad del juez. Éste, «por más que se esfuerce por ser objetivo, siempre está condicionado por las circunstancias ambientales en las que actúa, por sus sentimientos, sus inclinaciones, sus emociones, sus valores ético-políticos... En todo juicio, en suma, siempre está presente una cierta dosis de prejuicio»¹¹⁶. Pero creo que en esta línea se inscriben también las posiciones hermenéuticas, que, sin renunciar a la idea de que el proceso ha de enderezarse a la averiguación de los hechos acaecidos, subrayan la inevitable contaminación teórica y normativa que presenta la formación de la premisa menor. El problema no es la subsunción silogística, sino la propia formación de la premisa, una tarea que se inscribe en el llamado “círculo hermenéutico” de preguntas y respuestas que van de la realidad a la norma y de ésta nuevamente al hecho: no existen hechos por un lado y leyes por otro, sino un proceso de selección simultánea donde los primeros se reformulan a la luz de las prescripciones jurídicas y donde las segundas se concretan a la luz de la realidad examinada. Es preciso aclarar, dice ESSER, que la subsunción aparece condicionada «por la precomprensión y cómo ésta determina la elección de la particularidad *determinante* de las circunstancias de hecho y también de la norma que las *comprende*»¹¹⁷. Este “esclarecimiento recíproco” de la realidad y del Derecho supone, en fin, que los enunciados sobre hechos sólo

¹¹⁵ P. FERRUA, «Contraddittorio e verità nel processo penale», *Le ragioni del garantismo...*, cit., que por ello estima que «definir el valor jurídico de un hecho equivale a calificarlo en segunda instancia, asumiendo como primera instancia la descripción en el lenguaje ordinario», p. 216.

La descripción de muchos eventos o estados de cosas —dice ANSCOMBE— presupone un contexto institucional (o social) en el que tales acciones adquieren sentido; los llamados “hechos brutos” lo son sólo en cuanto descripciones de aquéllos en el seno de ese contexto. Por ejemplo, afirma la autora, «suministrar a alguien un kilo de patatas» podría ser descrito como «llevarse las a casa y dejarlas allí», y podríamos considerar a esto segundo como un “hecho bruto”. En suma, los “hechos brutos” que describen eventos o estados de cosas que decimos existentes son los que, en un contexto dado, permiten afirmar (justificadamente) que tal descripción es verdadera o falsa, y que por ello son “más brutos” que el hecho descrito. Vid. G. E. M. ANSCOMBE, «On brute facts», *Analysis*, 18 (1958), pp. 69-72.

¹¹⁶ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 56-57.

¹¹⁷ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del Diritto* (1972), trad. de S. Patti y G. Zaccaria, Napoli, Scientifiche Italiane, 1983, p. 38.

adquieren su definitivo perfil a la luz de las normas, al igual que éstas, a su vez, serán elegidas y concretadas atendiendo al hecho enjuiciable¹¹⁸.

Ahora bien, dejando al margen los planteamientos hermenéuticos, que, a mi juicio, sugieren una continuidad inaceptable entre hechos y derecho, la asunción de valoraciones y precomprensiones en el conocimiento judicial de los hechos¹¹⁹ no es el reflejo más relevante de las epistemologías subjetivistas en el campo procesal, pues esto resulta pacíficamente reconocido¹²⁰; al menos mientras no se abdicue de que la búsqueda de los hechos realmente acaecidos es objetivo primordial del proceso de prueba, así como que dicha tarea resulta posible, aunque sea de una forma limitada o condicionada, si no se adopta la perspectiva más exigente de las verdades absolutas. A mi juicio, la influencia más decisiva o profunda de las epistemologías subjetivistas aparece en aquellas propuestas que, bien llevan el subjetivismo a tal grado de intuicionismo que arruinan cualquier posibilidad de control racional del juicio de hecho, bien postergan el propio conocimiento de los hechos en favor de otras finalidades prácticas del proceso, abandonando así el concepto de verdad como adecuación.

Uno de los reflejos jurídicos más devastadores de las epistemologías subjetivistas lo constituyen, en efecto, ciertas tendencias *antiformalistas* para las que la prueba no es primordialmente averiguación y fijación de los hechos, sino una actividad esencialmente subjetiva y por ello irracional o incontrolable. Estas tendencias, que en el plano epistemológico conducen a resultados “antirrealistas”, encuentran paradójicamente su versión más extrema en una parte del “realismo jurídico americano”¹²¹; en concreto, en el llamado “escepticismo ante los hechos”, cuyo máximo exponente es Jerome FRANK. La paradoja aludida tal vez sea, sin embargo, sólo aparente, pues no está claro que el escepticismo ante los hechos, que consiste precisamente en la negación de la posibilidad de conocerlos, parta de la impugnación de un

¹¹⁸ Vid. K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., pp. 272 ss.

¹¹⁹ Algo que sin duda presenta un cierto componente irracionalista; o, si se prefiere, anti-ilustrado. Recuérdese el “prejuicio contra los prejuicios” que proclama GADAMER, la idea de que la razón es esencialmente razón real e histórica, por lo que suponer una interpretación “objetiva” o universalmente válida está fuera de lugar, H. G. GADAMER, *Verdad y método* (4.ª ed., 1975), trad. de A. Agud y R. de Agapito, Salamanca, Sígueme, 1989, pp. 337 ss.

¹²⁰ Por ejemplo, se dice: «es evidente que en toda narración hay una introducción de factores subjetivos de valoración de los hechos», L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, Madrid, Tecnos, 8.ª ed., 1992, vol. I, p. 165.

¹²¹ Posiciones antirrealistas que, por cierto, también caracterizan al movimiento de los *Critical Legal Studies*, cuyos postulados no en vano son análogos a los del realismo jurídico americano. Vid. sobre el tema, J. A. PÉREZ LLEDÓ, *El movimiento de los Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996, esp. cap. IV.

cierto realismo¹²². En todo caso, aunque no sean claros los postulados filosóficos en los que descansa esta concepción, parece —como afirma TARUFFO— que hay una premisa metodológica bastante evidente que consiste en hacer reposar la decisión en los procesos psicológicos del sujeto que decide¹²³, lo que aboca inevitablemente a un subjetivismo epistemológico. Esto es particularmente claro en la obra de FRANK, que ha exaltado¹²⁴ la función creadora del juez y su papel preeminente en la valoración de la prueba. Los gustos y la personalidad del juez, sus preferencias e ideología, influyen no sólo en la identificación de la regla aplicable, sino también en la valoración de la prueba, haciendo prácticamente inviable la aspiración a determinar cuáles han sido realmente los hechos acaecidos.

Los jueces, dice FRANK, piensan y deciden al revés de como luego formalmente argumentan: primero se guían por la intuición, por la simpatía o la antipatía, y por otras consideraciones no expresamente confesadas para, más tarde, dar forma silogística al razonamiento, de manera que es posible afirmar que «todo aquello que está en la base de las intuiciones del juez es fuente del derecho»¹²⁵; intuiciones que no pesan sólo sobre la interpretación del Derecho, sobre el sentido de lo justo en abstracto, sino ante todo, y en primer lugar, sobre la valoración de la prueba, especialmente de la testifical. Con la particularidad, además, de que el juez que conoce directamente de los hechos —tamizados, eso sí, por la subjetividad de los testigos y por la suya propia— se convierte a su vez en un testigo ante el tribunal superior que sencillamente decide sin tener un conocimiento inmediato de tales hechos. La conclusión no puede ser más inquietante: «si la personalidad del juez es el factor clave de la administración de justicia,

¹²² En la obra de J. FRANK, *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice* (1949), Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1973, sostiene el autor que es la propia naturaleza del *adversary system* lo que impide alcanzar la verdad sobre los hechos de la causa. Dejando al margen los abusos de los que el sistema pueda ser objeto —arguye FRANK— es difícil imaginar cómo un sistema que concibe el proceso como una lucha pueda alcanzar la verdad. La concepción del proceso como combate se muestra clara en la posición de los testigos, que no pueden ser vistos «ni como una ayuda en una investigación encaminada al descubrimiento de la verdad, ni como una ayuda al Tribunal, sino como “testigos de la acusación” o “testigos de la defensa”. Son soldados en una guerra y han dejado de ser neutrales» (p. 86).

Pero de la argumentación de FRANK puede inferirse, a contrario, su creencia en que, en otras condiciones procesales, podría conocerse la verdad de los hechos. Por eso hay quien opina que toda la crítica de FRANK «está basada en la idea de que es realmente posible conocer los hechos verdaderos, pero que el “adversary system” es un modo equivocado de conseguirlo», Z. BANKOWSKI, «The Jury and Reality», en P. NERHOT (ed.), *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer Academic Pub., 1990, p. 230.

¹²³ M. TARUFFO, «Note sulla verità dei fatti nel processo civile», cit., p. 347.

¹²⁴ Fundamentalmente en su *Law and the Modern Mind* (1930), Gloucester, Mass., Peter Smith, 1970. Una selección de esta obra en *El realismo jurídico escandinavo e americano*, S. CASTIGNONE (coord.), Bolonia, Il Mulino, 1981, pp. 223 ss, por donde cito.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 248.

entonces el Derecho está destinado a cambiar según la personalidad del juez que se ocupa del caso»¹²⁶.

Ciertamente, el “escepticismo ante los hechos” tuvo el mérito de llamar la atención sobre esta parte olvidada del razonamiento judicial al subrayar que un buen número de problemas no nacen de la interpretación de los enunciados normativos, sino de la fijación de los hechos, invitando así a un más reflexivo examen de estos aspectos. Con todo, tampoco cabe duda que su posición se situaba a un paso del irracionalismo, pues suponía renunciar a cualquier intento de racionalizar la valoración de la prueba, que quedaba al albur de la intuición, y por tanto a pronosticar fundadamente la coincidencia entre los hechos realmente acaecidos y los declarados en la sentencia.

Pero otra de las influencias más drásticas de las epistemologías subjetivistas en el campo del Derecho procesal puede detectarse en la renuncia al concepto de verdad como adecuación (entre las proposiciones y los estados reales o independientes de cosas) y a los criterios empíricos de verdad.

En el ámbito de la epistemología científica, la crítica subjetivista condujo a considerar la realidad como un producto del sujeto cognoscente y, con ello, a la destrucción del concepto de verdad como conformidad de los contenidos cognoscitivos con un mundo físico independiente¹²⁷. En concreto, la convención o el acuerdo, la utilidad, la fecundidad o la coherencia se erigen no sólo en *criterios* de verdad, sino en *definición* de la misma; constituyen no sólo criterios de aceptabilidad o verdad de las proposiciones, sino también «instrumentos gracias a los cuales las proposiciones consideradas se hacen realmente verdaderas»¹²⁸. Esta tesis ha encontrado reflejo jurídico sobre todo en el ámbito del *law of evidence* y se vincula a la teoría del *adversary system*, que, frente al valor de la averiguación de la verdad, privilegia el de la confrontación entre las partes hasta convertirlo en la única finalidad del proceso¹²⁹. Se trata de posiciones ideológicas del proceso civil que lo conciben esencialmente como un instrumento para la resolución de conflictos. La desconexión entre verdad y proceso aparece aquí clara: el objetivo primordial del proceso (resolver el conflicto) se entenderá cumplido cuando se alcance una composición de intereses satisfactoria para las partes, con independencia de la verdad de los hechos que han originado la controversia. Pero tampoco en el ámbito del *civil law* faltan concepciones análogas a la comentada. Es más,

¹²⁶ *Ibidem*, p. 253.

¹²⁷ Vid. L. KOLAKOWSKI, *La filosofía positivista*, cit., pp. 152 ss.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 176.

¹²⁹ M. TARUFFO, «Modelli di prova e di procedimento probatorio», *Rivista di diritto processuale*, año XLV, núm. 2, 1990, pp. 429-430. Vid. también, del mismo autor, *Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana*, Padova, Cedam, 1979, pp. 282 ss., y, además, S. LANDSMAN, *The Adversary System. A description and Defense*, Washington-London, 1984, pp. 36 ss.

la concepción del proceso como instrumento para la resolución de conflictos está muy difundida y suele presentarse como una de las notas caracterizadoras del proceso civil¹³⁰. Y —de nuevo— si el objetivo del proceso es dar una solución *práctica* al conflicto, no es necesario que la prueba se oriente a la averiguación de la verdad sobre los hechos litigiosos; basta con “convencer al juez” de su ocurrencia, con obtener un “resultado formal” que sea operativo¹³¹. Aunque, en rigor, la verdad de los hechos *no pueda* conseguirse porque *no debe* perseguirse¹³², es evidente que en la práctica todas estas posiciones descansan sobre una concepción de la verdad en virtud de la cual verdadero es lo que resulta probado en el proceso.

Pero este cambio en el concepto de verdad no se ha operado sólo desde estas posiciones extremas. Puede detectarse también entre quienes postulan que, independientemente del anclaje que la declaración judicial de hechos pueda tener en la realidad, la única verdad es la obtenida a través de las reglas del proceso. El punto de partida de estos planteamientos es también la tesis subjetivista de que la objetividad del conocimiento está ligada a los procedimientos mediante los cuales verificamos (o accedemos a) los hechos. La convicción del juez o del jurado se ha formado a partir de «un complejo conjunto de datos que han sido filtrados a través del proceso y de las reglas de prueba y procedimiento. Estos procedimientos y criterios están justificados normativamente, y no podemos decir que un resultado obtenido a través de un procedimiento de obtención de la verdad es erróneo por referencia al procedimiento y criterios de otro método»¹³³. No se afirma, desde luego, que la verdad se “construya” en el Tribunal —al modo de la posición epistemológica radical de la “construcción social de la realidad”—, pero sí que hay diferentes y no coincidentes formas de conocer lo que realmente ha sucedido y que la establecida por las reglas del proceso es la única válida. El corolario de este enfoque también resulta claro: no hay más verdad que la judicialmente declarada.

¹³⁰ Vid., por todos, M. R. DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven, Yale University Press, 1986.

¹³¹ Así puede leerse en un conocido manual de Derecho procesal español sobre la prueba civil: «la actividad probatoria no busca la verdad *material*. Se trata, por el contrario, de convencer al juez; buscamos, pues, con la prueba un resultado *formal* que sea operativo y que sirva para que en la mayoría de las ocasiones podamos decir que existe una coincidencia entre los hechos realmente ocurridos y los hechos probados», V. CORTÉS, en J. ALMAGRO, V. GIMENO, V. CORTÉS y V. MORENO, *Derecho procesal*, t. I (vol. I), Parte General, Proceso Civil (1), Valencia, Tirant lo Blanc, 3.ª ed., 1988, p. 373. Y otro ejemplo, esta vez de la literatura francesa: los procedimientos jurídicos probatorios «forman parte del *arsenal retórico*... No están destinados a establecer una verdad objetiva o una realidad objetiva, sino a *convencer al juez* de una realidad real o supuesta, y evidentemente es esta convicción lo que importa en el debate judicial», P. FORTIERS, «Introduction au droit de la preuve», en *La Preuve en Droit* (Ch. Perelman y P. Fortiers, eds.), Bruxelles, E. Bruylant, 1981, p. 18.

¹³² M. TARUFFO, «Note sulla verità dei fatti nel processo civile», cit., p. 349.

¹³³ Z. BANKOWSKI, «The Jury and Reality», cit., p. 237.

c) Por una epistemología moderadamente realista

Si adoptamos la dualidad conceptual *verdad/prueba* —o, por usar terminología recurrente en la literatura jurídica procesal, *verdad objetiva o material/verdad procesal o formal*—, entendiendo por la primera la correcta descripción de un mundo independiente u objetivo y por la segunda la descripción del mundo formulada en el proceso¹³⁴, podría decirse que, tanto la ciencia procesal postilustrada que se desarrolló en el continente como la que se desarrolló en el *common law*, llevan a cabo una anulación de esa dualidad, si bien en cada caso por razones diferentes. En el primer caso, la anulación aludida se produjo por una identificación entre ambos conceptos que se asentaba en una acrítica epistemología realista u objetivista: la prueba (o verdad procesal) es expresión o reflejo de la verdad (o verdad objetiva), porque los procedimientos procesales de conocimiento de los hechos proporcionan (o se opera con la ideología de que proporcionan) resultados infalibles. En el segundo, la anulación se asienta justamente en lo contrario, en una epistemología subjetivista o constructivista que impugna la idea de conocimiento objetivo: no hay más verdad que la procesalmente conocida y declarada. Con el mismo corolario inquietante: los jueces serían, por definición, infalibles.

Ahora bien, nótese que el concepto de verdad (o verdad objetiva) traduce, en relación con el de prueba (o verdad procesal), un ideal, y en esta medida dicha distinción tiene la virtualidad de poner de relieve las inevitables limitaciones que el conocimiento de hechos en general y su institucionalización jurídica en particular padecen a la hora de averiguar lo que efectivamente ha sucedido: aunque sólo la prueba (o verdad procesal) resulta jurídicamente relevante, no es infalible, y desde luego puede ser distinta (de menor o mayor calidad) a la obte-

¹³⁴ La distinción entre “verdad” y “prueba” ha sido resaltada por C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, CEC, 1991.

Por su parte, al binomio “verdad material/verdad formal”, que tanto se usa y del que tanto se abusa, no se le atribuye siempre un significado coincidente con el del texto. Muchas veces se echa mano del mismo para diferenciar entre los modos o procedimientos —las vías— por los que se llega a afirmar que algo es verdadero. Ésta parece ser la definición de ambos tipos de verdades que usa L. FERRAJOLI: “verdad material o sustancial” sería la «verdad absoluta y omnicompreensiva... carente de límites y confines legales, alcanzable con cualquier medio más allá de las rígidas reglas procedimentales»; “verdad formal o procesal” sería la “alcanzada mediante el respeto a reglas precisas” (*Derecho y razón*, cit., pp. 44 y 45). Y éste es también el uso habitual de este binomio en la doctrina procesalista; por ejemplo, en F. CARNELUTTI, *La prueba civil* (1947), trad. de N. Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, Depalma, 1979, pp. 20 ss. No obstante, algunas veces se usan estas expresiones en un sentido distinto, más restringido que el anterior, para diferenciar entre los sistemas de valoración formal y los de valoración libre: así, “verdad formal” sería la propia del sistema de prueba legal o formal, mientras que “verdad material” sería la propia del sistema de prueba libre; *vid.*, por ejemplo, E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, 8.ª edic., Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1976, p. 298.

nida a través de otros procedimientos que no tengan las limitaciones o las trabas procesales. En otras palabras, podrá decirse que la decisión del tribunal «es final, en el sentido de que pone fin a la controversia y a la posibilidad de discutir la verdad del enunciado dentro del proceso. (¡Pero poner punto final a la discusión de la verdad no hace verdadero el enunciado!)»¹³⁵.

Ésta es precisamente la interpretación que, al menos en principio, puede atribuirse al pensamiento de KELSEN, según el cual la condición para que opere la consecuencia jurídica no es un hecho natural, sino su acreditación por un órgano competente y según el procedimiento establecido, de manera que, aun cuando exista un error en la apreciación de los hechos, lo que cuenta es el pronunciamiento del Tribunal¹³⁶. En palabras de KELSEN, sea cual sea la adecuación de la prueba a la verdad, de la verdad procesal a la verdad objetiva, «subsiste la condición para producir una norma individual válida, esto es, una sentencia válida por parte del Tribunal»¹³⁷. Por eso, con independencia ahora del problema de la validez¹³⁸, creo que la distinción entre esos dos conceptos *es posible e incluso necesaria* si se quiere dar cuenta del carácter “autorizado”, pero falible, de la declaración de hechos de la sentencia; *no lo es*, en cambio, si comporta un abandono de la tesis de que el fin del proceso es el descubrimiento de lo que realmente ha sucedido, con el corolario de que el horizonte de la prueba (o verdad procesal) deje de ser, precisamente, la verdad *tout court* (o verdad objetiva)¹³⁹. Es más, la distinción juega también un impor-

¹³⁵ C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», cit., p. 311.

¹³⁶ «La verificación del hecho delictivo —se lee en la Teoría pura— es plenamente una función constitutiva que cumple el Tribunal», como lo es también la fijación del Derecho aplicable. H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho* (2.ª edic., 1960), trad. de J. Vernengo, México, UNAM, 5.ª ed., 1986, p. 248.

¹³⁷ H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979; hay versión italiana por la que cito: *Teoría generale delle norme*, trad. de M. Torre, M. Losano (ed.), Torino, Einaudi, 1985, p. 202.

¹³⁸ Como es sabido, a través de la cláusula alternativa tácita, KELSEN termina confiriendo validez a toda norma general o individual que de hecho se impone y, en este sentido, la sentencia “inválida” por defectuosa interpretación de la norma o error en la prueba de los hechos deviene válida desde el momento en que adquiere fuerza de cosa juzgada: «la situación jurídica ha de ser descrita diciendo que el orden jurídico no sólo autoriza a los órganos aplicadores del derecho a crear una norma individual que concuerde con una norma general que determina su contenido a través de una ley, sino también a crear una norma individual que no concuerde con aquella norma general», H. KELSEN, «El concepto de orden jurídico», trad. de M. I. Azaretto, en *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, p. 103.

¹³⁹ En este punto la posición de KELSEN resulta dudosa: de un lado, afirma que «el juez está obligado a formular sólo aserciones verdaderas en la formulación del hecho», sugiriendo así que la “verdad procesal” debe (aunque puede no) coincidir con la “verdad objetiva”; pero, de otra parte, parece negar la posibilidad de esta última como realidad externa y distinta al sujeto cognoscente, cuando sostiene que «desde el punto de vista puramente cognoscitivo no existen cosas y sucesos en sí, sino sólo cosas y eventos en la conciencia humana», *Teoría generale*

tante papel metodológico, pues pone de manifiesto la necesidad de establecer garantías epistemológicas para hacer que la declaración de hechos obtenida en el proceso se aproxime lo más posible a la verdad. En cualquier caso, la distinción entre verdad y prueba (o entre verdad objetiva y verdad procesal) exige abandonar los paradigmas epistemológicos que están en la base de las dos indentificaciones comentadas y adoptar una epistemología en la que, por un lado, tenga sentido la aspiración a conocer los hechos realmente acaecidos —porque éste es el sentido de la verdad objetiva— y, por otro lado, no se ignore la relatividad de la verdad alcanzada —porque relativa es, por definición, la verdad procesal.

Es cierto que, de las consideraciones hechas hasta aquí, se diría que estamos en un callejón sin salida. O se comulga con un realismo epistemológico sin matices que la epistemología postpositivista ha demostrado infundado; pero a cambio no se renuncia a la posibilidad de alcanzar la verdad, también en el proceso judicial. O se abrazan postulados epistemológicos de corte antirrealista o escéptico, pero entonces la prueba, en cuanto procedimiento enderezado al descubrimiento de unos hechos pasados, es un sinsentido. Tal dilema, sin embargo, es infundado y no debe aceptarse sin más. Existe, como poco, una tercera vía.

Esta tercera vía consiste en la adopción de un paradigma epistemológico que, tomando en serio las tesis postpositivistas sobre la carga teórica de la observación, no renuncie, sin embargo, a un cierto realismo. El “realismo interno” de PUTNAM antes aludido y en general los “realismos disminuidos” constituyen ejemplos de ello. Por lo demás, en la actualidad se aprecia una convergencia entre los distintos sistemas legales bajo el perfil epistemológico que constituye un acercamiento a este paradigma: primero, porque todos los sistemas procesales, incluso los del “civil law”, que habían confiado en la posibilidad de obtener una verdad incuestionable en el proceso, son conscientes de la naturaleza “contaminada” del conocimiento de hechos¹⁴⁰ y de la estructura probabilística de la verificación¹⁴¹. Segundo, porque todos los sistemas

delle norme, cit., p. 202. Tal vez ello explique por qué BULYGIN, que distingue entre los conceptos de verdad y prueba (*vid.* nota 134), se muestre en cambio muy crítico con la postura de KELSEN, y en particular con su distinción entre “hechos naturales” y “hechos legales”, E. BULYGIN, «Cognition and Interpretation of Law», en L. Gianformaggio y S. Paulson (coords.), *Cognition and interpretation of law*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 11 ss., esp. 18 ss. También con un análisis crítico de la postura kelseniana, en el mismo volumen, F. VIOLA, «The judicial Truth: The Conception of Truth in Judicial Decision», esp. pp. 205 ss.

¹⁴⁰ En mi opinión, aparte de la inevitable carga de “subjetivismo” y “emotivismo” judicial, la “contaminación” paradigmática del conocimiento de hechos en sede procesal se manifiesta ante todo en su naturaleza institucionalizada, que impide un acceso a los hechos si no es a través de los esquemas procesales previstos. Sobre ello habrá de volverse en el capítulo tercero.

¹⁴¹ En efecto, frente a quienes se empeñan en seguir conectando la atribución al juez de poderes autónomos de disposición de las pruebas —rasgo característico del *civil law*— con un

procesales, incluso los del “*common law*”, sobre los que se había levantado la concepción subjetivista más extrema, conciben el procedimiento de valoración de la prueba como verificación (en términos de probabilidad) de las distintas hipótesis de *reconstrucción de los hechos*¹⁴². Incluso las posturas antiformalistas han cambiado en este aspecto. Así, por ejemplo, frente al antiformalismo del realismo norteamericano, el moderno antiformalismo de PERELMAN¹⁴³, «al revalorizar la dimensión retórica del juicio de hecho, no renuncia a configurar el procedimiento decisorio como argumentación susceptible de racionalización a través del inédito esquema del silogismo retórico, que, privado de la irrefutabilidad propia del silogismo deductivo y ajeno a las categorías de la lógica formal, se justifica sobre la base de criterios de aceptabilidad racional»¹⁴⁴. En suma, podría decirse que, en los planteamientos más reflexivos de la actualidad, se aprecia una tendencia a concebir el juicio de hecho como «la elección de la hipótesis racionalmente más atendible entre las distintas reconstrucciones posibles de los hechos de la causa; en consecuencia, la “verdad de los hechos” nunca es absoluta, sino que viene dada por la hipótesis más probable, o sostenida por mayores elementos de confirmación»¹⁴⁵. Ésta es también la línea en la que se orienta este estudio.

modelo probatorio enderezado a la obtención de una “verdad absoluta”, cabe decir lo siguiente: 1.º Aunque hay una cierta tendencia a la extensión de esos poderes en los distintos ordenamientos de *civil law*, los resultados normativos a los que ha conducido no son uniformes, sino que conocen casi todas las soluciones posibles: desde los ordenamientos socialistas, que han configurado el “deber” del juez de recabar de oficio todos los medios de prueba necesarios para la búsqueda de la verdad material, hasta el ordenamiento español, estrechamente ligado al principio dispositivo. 2.º Aunque esta tendencia expansiva exista, no es en absoluto cierto que ello se traduzca en la figura de un juez que busca autónomamente la verdad absoluta de los hechos: más bien se tiende a reconstruir la fijación de los hechos en términos de aproximación a la realidad material; *vid.* M. TARUFFO, «Modelli di prova e di procedimento probatorio», cit., pp. 431 ss.

¹⁴² *Ibidem*, esp., pp. 443-44.

¹⁴³ De Ch. PERELMAN, *vid.* «La spécificité de la preuve juridique», en *Justice et Raison*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1963, pp. 206 ss.

¹⁴⁴ E. M. CATALANO, «Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione», en *Rivista di Diritto Processuale*, año LI, núm. 2 (1996), p. 515.

¹⁴⁵ M. TARUFFO, «Modelli di prova e di procedimento probatorio», cit., p. 444.

II. UN MODELO DE CONOCIMIENTO JUDICIAL DE HECHOS

SUMARIO: 3) EL MODELO COGNOSCITIVISTA DE FIJACIÓN JUDICIAL DE LOS HECHOS.—*a)* Caracterización general del modelo.—*b)* Las teorías coherrentistas y pragmatistas de la verdad.—*c)* El “cognoscitivismo” y la concepción semántica de la verdad.—4) *QUAESTIO FACTI*: HECHOS EXTERNOS, HECHOS PSICOLÓGICOS Y JUICIOS DE VALOR EN LA FORMACIÓN DE LA PREMISA MENOR DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL.—5) LA PRUEBA DE LOS HECHOS. TERMINOLOGÍA SOBRE LA PRUEBA.—6) LA NATURALEZA DEL CONOCIMIENTO JUDICIAL DE HECHOS.—*a)* El problema en la “prueba deductiva”.—*b)* El problema en la “prueba indirecta”: la naturaleza inductiva del conocimiento.—7) EL CONOCIMIENTO INDUCTIVO JUDICIAL Y SUS DIFERENCIAS CON OTROS TIPOS DE CONOCIMIENTO INDUCTIVO.—*a)* El conocimiento judicial de hechos como discurso “ideográfico”.—*b)* El conocimiento judicial de hechos como discurso “institucionalizado”.

3) EL MODELO COGNOSCITIVISTA DE FIJACIÓN JUDICIAL DE LOS HECHOS

a) Caracterización general del modelo

La resolución judicial de los conflictos jurídicos suele representarse como un “silogismo práctico” que, a partir de una premisa mayor (la norma jurídica aplicable) y una premisa menor, concluye con una norma jurídica singular (el fallo de la resolución)¹. La premisa menor o “premisa fáctica” establece que un supuesto de hecho concreto cons-

¹ Sobre el silogismo judicial como silogismo práctico, en el sentido de razonamiento en que a partir de una premisa normativa y (al menos) otra no normativa se deriva una conclusión

tituye un caso particular del supuesto de hecho abstracto de una norma jurídica. Esta premisa fáctica no es un simple enunciado descriptivo de un acontecimiento: es el resultado de una operación judicial mediante la cual se califican unos hechos, en el sentido de determinar que constituyen un caso concreto del supuesto de hecho abstracto en que se han de subsumir; y esa operación de calificación jurídica de los hechos tiene naturaleza normativa². Ahora bien, esto no desvirtúa el carácter (también) fáctico de la premisa, que se asienta necesariamente sobre hechos: precisamente aquellos que se califican. Dejando pues al margen el problema de la calificación de los hechos, puede afirmarse que, al final, la fijación de la premisa fáctica exige conocer cuáles han sido los hechos que han dado origen al conflicto³.

Aun cuando no parece que el pensamiento jurídico se haya hecho cargo en todo momento de los debates epistemológicos sobre el cono-

normativa, *vid.* J. WROBLEWSKI, «Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision», en *Rechtstheorie*, 5, 1974, ahora en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *L'Analisi del ragionamento giuridico*, 2 vols., Torino, Giappichelli, 1987, vol. I; U. KLUG, *Lógica jurídica* (4.ª ed., 1982), trad. J. C. Gardella, Bogotá, Temis, 1990, pp. 61 ss.; R. ALEXI, *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), trad. de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, CEC, 1989, pp. 214 ss.; y sobre el concepto de silogismo práctico en ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, ed. bilingüe con trad. de M. Araujo y J. Marías, Madrid, CEC, 1985, p. 106 (1147.a).

La teoría del silogismo como modo de expresión de la actividad judicial es duramente criticada por quienes, enfatizando el carácter "práctico" de la actividad judicial, entienden que la reducción de ésta a una simple operación silogística o subsuntiva (concepción que asimilan al iuspositivismo) es excesivamente simple para dar cuenta de la riqueza y complejidad presentes en el hacer de los jueces (*vid.*, por ejemplo, G. ZAGREBELSKY, *El derecho dictil* (1992), trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 1995, cap. 7). Desde luego que reducir la función del juez a un puro silogismo significaría "empobrecerla, hacerla estéril, disecarla" (P. CALAMANDREI, *Proceso y democracia*, trad. cast. de H. Fix Zamudio, Buenos Aires, EJEA, 1960, p. 80). Pero la teoría del silogismo no pretende ser una descripción de todas las operaciones reales que tienen lugar en el proceso de aplicación. Pretende tan sólo reconstruir una de ellas, para llegar a la cual, por cierto, es preciso sortear numerosas dificultades que ni se explican ni se pretenden explicar a través del silogismo; y, en la medida en que se entienda así, la teoría del silogismo es perfectamente válida.

² Por todos, R. GUASTINI: la interpretación en el caso concreto «consiste en subsumir un supuesto de hecho concreto (un "caso") en el campo de aplicación de una norma. El resultado de tal interpretación es un enunciado normativo (no general y abstracto, sino) individual y concreto que califica el supuesto de hecho en cuestión», «L'interpretazione rivisitata», *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 169.

³ «Desde un punto de vista lógico debe distinguirse cuidadosamente entre los problemas de conocimiento de hechos y los problemas de calificación jurídica de los hechos. Los primeros son problemas empíricos, mientras que los segundos son problemas de interpretación»; y ello «aunque en la práctica no sea posible separar nitidamente las dos cosas», R. GUASTINI, *cit.* en nota anterior, p. 201, nota 30. En la doctrina procesalista también se encuentran distinciones claras sobre estos dos juicios: «de una parte, un juicio histórico tendente a establecer si un hecho... ha existido o no; de otra parte, un juicio de valoración jurídica que tiende a concluir si el hecho que históricamente sucedió puede ser calificado como penal», V. CORTÉS, en V. GIMENO y otros, *Derecho procesal*, t. II, *Proceso penal*, *cit.*, p. 465. En cambio, no es de la misma opinión J. S. RUIZ PÉREZ, quien estima, desde una cierta posición hermenéutica, que «la norma y el hecho, para el juzgador, no pueden concebirse separadamente. Integran un fenómeno de conjunción. Y la sentencia, más que un silogismo, es un juicio de valor», *Juez y Sociedad*, Bogotá, Temis, 1987, p. 43.

cimiento de hechos, en el capítulo anterior hemos intentado sintetizar las etapas fundamentales del empirismo, porque la fijación judicial de los hechos debe recurrir necesariamente a los esquemas propios de la epistemología general. Nuestra conclusión ha sido que, superado el escepticismo inevitable cuando se asumen las tesis radicales del positivismo y/o cuando se hace del método deductivo el único paradigma de certeza y de verdad, el conocimiento empírico puede hoy recabar su racionalidad a partir del concepto de probabilidad. Una conclusión que no deja de ser relevante en la esfera jurídica, pues permite concebir la fijación judicial de los hechos precisamente como una actividad racional, pero al mismo tiempo como fuente de un conocimiento probable. Éste será ahora nuestro punto de partida: nos movemos en un territorio que no está dominado por la mera emotividad, por la intuición o por la fuerza, sino donde es posible desarrollar (y, desde una perspectiva garantista, también exigir) una actividad racional; aunque se trate de una racionalidad incapaz de ofrecer certezas matemáticas.

La perspectiva desde la que se abordará el estudio de la fijación judicial de los hechos no es la de la simple descripción de las prácticas forenses o de las construcciones dogmáticas, aunque tampoco su sola valoración o la propuesta de otras nuevas. La perspectiva que adoptaremos es distinta y recoge aspectos de las dos anteriores: se intentará esbozar un *modelo* de fijación judicial de los hechos desde el que poder, de un lado, describir o dar cuenta de los procedimientos normativos existentes y de la praxis de fijación de los hechos; pero también, de otro lado, evaluar esos procedimientos y prácticas y avanzar, en su caso, propuestas normativas. En realidad, esta doble función que atribuimos al modelo no es un dato particularmente llamativo, pues el término modelo es en sí mismo ambiguo y —entre otras cosas— designa tanto el esquema teórico que sirve para representar de manera más simple realidades que en la práctica son complejas (*función descriptiva*), cuanto el parámetro que permite "medir" —precisamente desde el punto de vista del modelo— esas realidades (*función normativa*).

Por otra parte, cada una de estas funciones (descriptiva y normativa) puede proyectarse tanto en el llamado *contexto de descubrimiento* de los hechos cuanto en el *contexto de justificación*⁴. Así, con referencia a la función descriptiva, una cosa es describir el descubrimiento (decir cómo se conocen, de hecho, los hechos) y otra describir la justificación

⁴ La distinción entre el "contexto de descubrimiento" y el "contexto de justificación" fue una de las importantes contribuciones de J. HERSCHEL a la filosofía de la ciencia, quien insistió en que el procedimiento usado para formular una teoría es estrictamente irrelevante para el problema de su aceptabilidad, *A Preliminary Discourse on the Study of Natural Philosophy*, London, Longman, Rees, Orme, Brown & Green and J. Taylor, 1831. Sobre la contribución de Herschel, *vid.* J. LOSEB, *Introducción histórica a la filosofía de la ciencia*, *cit.*, pp. 123 ss. Con todo, es H. REICHENBACH (*Experience and Prediction*, *cit.*, pp. 6-7 y 382), quien expone esta idea con la dualidad contexto de descubrimiento-contexto de justificación.

(decir cómo se justifican, de hecho, los hechos); y, con referencia a la función normativa, una cosa es prescribir el descubrimiento (decir cómo deben conocerse los hechos) y otra la justificación (decir cómo deben justificarse los hechos). En suma, el modelo que estimamos adecuado debería posibilitar la construcción de una serie de reglas (*prescripciones*) sobre el conocimiento (*descubrimiento*⁵) y motivación (*justificación*⁶) de los hechos, pero debería permitir también dar cuenta de (*describir*) cómo se conocen (*descubren*) y validan (*justifican*) los hechos en la práctica judicial.

Con todo, la caracterización de este modelo y de sus objetivos requiere algunas precisiones. La primera de ellas tiene que ver con la distinción entre “modelo epistemológico” y “modelo legal”. El conocimiento judicial de los hechos es institucionalizado. Sobre este crucial aspecto entraremos más adelante; baste decir por ahora que con ello quiere indicarse que se desarrolla a través de concretos y tasados procedimientos jurídicos probatorios, reglas jurídicas procesales en virtud de las cuales se accede al conocimiento de los hechos que son objeto de controversia. Los ordenamientos disciplinan diferentes procedimientos probatorios, de manera que es posible identificar distintos modelos jurídicos de prueba en función de su distinta configuración legal. El objetivo central de este trabajo, sin embargo, no es proponer un modelo legal de prueba, desde una cierta ideología jurídica, sino más bien adoptar un modelo *epistemológico*, desde una cierta concepción del conocimiento empírico. Ambas cuestiones son diferentes⁷, aunque desde luego no completamente independientes: de un modelo epistemológico derivan ciertas exigencias para la configuración de los modelos legales, y éstos descansan siempre en una cierta concepción epistemológica.

La segunda observación hace referencia a la naturaleza del modelo a la vista de las funciones que debe cumplir, que son —como se ha indicado— básicamente dos: proporcionar instrumentos para una descripción simplificada de los vigentes procedimientos normativos y prácticos de conocimiento judicial de hechos, pero también, al mismo tiempo, permitir el enjuiciamiento crítico de los mismos. Poco importa a este respecto que el modelo sea o no “isomórfico”⁸, es decir, que repro-

⁵ Por ejemplo, reglas destinadas a evitar o minimizar la incidencia de la ideología o la subjetividad del juez en el acercamiento a los hechos (como las reglas sobre la abstención o recusación del juez, o las reglas contra el soborno); o destinadas a evitar o minimizar la incidencia de trabas institucionales en la averiguación de la verdad sobre los hechos.

⁶ Por ejemplo, reglas o estándares de racionalidad (aceptabilidad) de los enunciados sobre hechos.

⁷ Sobre la necesidad de distinguir entre el nivel de los modelos epistemológicos —subyacentes y previos a la disciplina legal— y el de los modelos jurídicos —dependientes de la regulación normativa—, M. TARUFFO, «Modelli di prova e di procedimento probatorio», cit., pp. 442 ss.

⁸ Sobre el “isomorfismo” como cualidad de algunos modelos, S. GORDON, *Historia y filosofía de las ciencias sociales*, cit., pp. 124 ss.

duzca o no con exactitud la realidad a la que alude. No se busca un modelo epistemológico empírico⁹, cuya función sea describir la praxis judicial de fijación de los hechos; y tampoco el anárquico del “todo vale”¹⁰, porque el modelo debe prescribir reglas epistemológicas¹¹. Lo que se busca es un modelo epistemológico *teórico* que sirva como herramienta o instrumento para examinar los procedimientos reales, así como para realizar una crítica epistémica consistente en comparar éstos con los principios derivados del modelo y proponer, en su caso, la reforma de aquellos aspectos que se separen del mismo¹². Es fundamental, por tanto, que el modelo resulte “útil” para cumplir esta función.

Finalmente, aunque un modelo teórico, o sea, un instrumento de análisis de la realidad, pueda presentarse con vocación *normativa*, o sea, como modelo que pretende regir la praxis judicial de fijación de los hechos, hay que prevenir frente a la posibilidad de hacer de él un instrumento que legitime completamente el procedimiento “real” de fijación de los hechos; es decir, que lo presente “como si” éste tuviera lugar según el modelo: ni un *modelo* de descubrimiento puede confundirse con el *descubrimiento*, ni un *modelo* de justificación puede confundirse con la *justificación*; en caso contrario se incurriría en la falacia normativista de quien confunde el deber ser con el ser. En pocas palabras, hay que mantener la diferenciación entre el mundo real y el modelo teórico, pues éste ha de ser sólo un instrumento para analizar y guiar aquél.

El modelo epistemológico que vamos a adoptar es el *cognoscitivista*. Entendemos por tal aquel modelo según el cual los procedimientos de fijación de los hechos se dirigen a la formulación de enunciados fácticos que serán verdaderos si los hechos que describen han sucedido

⁹ Es decir, un modelo como los propuestos para la investigación científica por Th. S. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, cit.; e I. LAKATOS, *Historia de la ciencia y sus reconstrucciones racionales*, cit., en el sentido de que deben extraer sus conclusiones de la historia de la ciencia.

¹⁰ Como él defendido por P. K. FEYERABEND, en cuya opinión, ante la crisis de la epistemología, cualquier método para obtener conocimiento es aceptable, *Contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, cit. Por lo demás, piénsese sólo un momento en las perniciosas consecuencias antigarantistas que tendría la adopción de una posición epistemológica anarquista en el campo judicial.

¹¹ La normatividad (y para algunos incluso la eticidad) es algo consustancial a los principios epistemológicos, que «son prescripciones para la orientación de la vida cognitiva», E. GELLNER, *Relativism and the Social Sciences*, Cambridge University Press, 1986, p. 34.

¹² En sentido parecido P. COMANDUCCI, quien, tras afirmar que la construcción de un modelo es algo distinto de (y no necesariamente relacionado con) la descripción de fenómenos y algo distinto de (y no necesariamente relacionado con) la prescripción y valoración de comportamientos, añade que, no obstante, si no se trata sólo de un divertimento intelectual, «la construcción de un modelo suele orientarse, o a ulteriores indagaciones de tipo descriptivo, o a la presentación de propuestas valorativas o prescriptivas; o, más frecuentemente, a ambas»; en «La motivazione in fatto», en *La conoscenza del fatto nel processo penale* (G. Ubertis, comp.), Milano: Giuffrè, 1992, p. 232.

y falsos en caso contrario. En otras palabras, la fijación judicial de los hechos no puede ser, por ejemplo, consecuencia del puro decisionismo o constructivismo, sino el resultado de un juicio descriptivo de hechos a los que se atribuye "existencia independiente"¹³. Por ello, el concepto de verdad requerido por el modelo es el semántico de la *correspondencia* y el principal criterio de verdad el de la *contrastación empírica*.

El objetivo que persigue un paradigma cognoscitivista de fijación judicial de los hechos es, pues, la formulación de enunciados fácticos verdaderos. Obsérvese: "fácticos" y "verdaderos".

Que los enunciados sean "fácticos" significa que son una *descripción* de los hechos acaecidos; es decir, que el juicio de hecho tiene naturaleza descriptiva. Ahora bien —y aquí surge el primer problema—, si en la determinación de los hechos fuera necesario introducir valoraciones resultaría difícil afirmar que esos juicios son descriptivos y no valorativos, al menos en parte (epígrafe 4). De esta constatación deriva una primera exigencia para el *Derecho sustantivo*: si es necesario reducir al mínimo posible la discrecionalidad o actuación valorativa del juez en la fijación de los hechos, entonces la configuración legislativa del supuesto de hecho deberá tener un referente empírico claro¹⁴.

Que los enunciados fácticos sean "verdaderos" significa que los hechos descritos por tales enunciados han tenido lugar. Ahora bien —y aquí surge el segundo (y principal) problema—, afirmar la verdad de los enunciados fácticos no es una cuestión trivial. Primero, porque el juez no ha tenido acceso directo a los hechos, de modo que lo que inmediatamente conoce son enunciados sobre los hechos, cuya verdad hay que acreditar¹⁵. Segundo, porque la verdad de tales enunciados ha de ser obtenida casi siempre mediante un razonamiento inductivo

¹³ Seguramente el caso más representativo de adopción de un modelo cognoscitivista para el análisis de la fijación judicial de los hechos sea el de L. FERRAJOLI, quien lo adopta por entender que es el modelo normativamente exigido por la ideología del garantismo. Frente al modelo procesal sustancialista o de mera jurisdiccionalidad, que puede llamarse "decisionista" y que «es el dirigido a una verdad sustancial y global fundada esencialmente sobre valoraciones», el modelo procesal garantista o de estricta jurisdiccionalidad, que puede llamarse "cognoscitivista", «es el que se orienta a la averiguación de una verdad procesal empíricamente controlable y controlada, aunque necesariamente reducida y relativa», *Derecho y razón*, cit. p. 540.

¹⁴ Precisamente para garantizar la naturaleza descriptiva de los enunciados fácticos, L. FERRAJOLI (*Derecho y razón*, cit.) estima que una de las garantías penales imprescindibles es el principio de "estricta legalidad" o de "reserva absoluta de ley" o de "taxatividad", que prescribe al legislador la taxatividad de las formulaciones legales (pp. 94-5), y que puede ser caracterizado como «una regla semántica metalegal de formación de la lengua legal» que asegura la «verificabilidad y la refutabilidad jurídica» de las tesis judiciales de calificación jurídica (pp. 120-21). «El decisionismo es el efecto de la falta de anclajes empíricos precisos» (p. 43).

¹⁵ Y, como afirma P. ANDRÉS, esta afirmación, «bajo su apariencia de obviedad, tiene implicaciones prácticas de extraordinaria relevancia»: el conocimiento de hechos está tamizado por el lenguaje, de manera que toda la carga de ambigüedad y vaguedad que pueda tener éste se proyecta sobre aquél; en fin, el conocimiento de hechos está afectado de la misma carga de

a partir de otros enunciados fácticos (epígrafe 6). Tercero, porque la averiguación de la verdad ha de hacerse a través de unos cauces institucionales que muchas veces estorban (y otras claramente impiden) la consecución de ese objetivo (epígrafes 7, 8 y 9). De estas constataciones deriva una segunda e importante exigencia para el *Derecho procesal*: hay que reforzar al máximo las garantías de verdad del proceso, lo cual supone al final una exigencia de motivación en los términos en que se expondrá en el capítulo cuarto.

La adopción de un paradigma epistemológico cognoscitivista de fijación judicial de los hechos no es arbitraria. A nuestro entender, un modelo cognoscitivista no sólo viene impuesto por posiciones epistemológicas de índole más general que consideramos correctas¹⁶, sino que además es "útil" como herramienta para analizar y evaluar la fijación judicial de los hechos; más aún, resulta más útil que otros modelos alternativos (por ejemplo, modelos "constructivistas" o "decisionistas"), pues —como después se dirá— es, por un lado, el que mejor se adecua a las intuiciones conceptuales de los hablantes y, por otro, el más coherente con la finalidad perseguida por los procedimientos probatorios judiciales. Con todo, desde ciertos planteamientos teóricos se han propiciado conceptos de verdad que pugnan con el paradigma cognoscitivista. Veamos cuáles y por qué.

b) Las teorías coherentistas y pragmatistas de la verdad

El procedimiento probatorio judicial va encaminado a poder afirmar que ciertos hechos *son verdaderos*. Pero se hace necesaria una precisión. Tanto el discurso científico como el judicial son discursos lingüísticos; o, si se quiere, en ambos casos se pretende afirmar la verdad no de hechos sino de *enunciados* sobre los hechos: en particular, en el discurso judicial los llamados "hechos probados" no son más que enunciados asertivos de los que se predica la verdad. Por ello, entre las muchas concepciones de verdad que se han desarrollado a lo largo de la historia, aquí nos interesa la verdad como *propiedad de ciertos enunciados*¹⁷.

Para explicar la verdad como propiedad de ciertos enunciados existen diversas teorías¹⁸:

subjetivismo que acompaña a cualquier actividad interpretativa, «Acerca de la motivación de los hechos...», cit., p. 264.

¹⁶ Sobre ello me he pronunciado, *in fine*, en el epígrafe 2.a), 2.º, y 2.c).

¹⁷ Es decir, "verdadero" y "falso" son predicados de enunciados asertivos; ésta es la *extensión* del concepto de verdad.

¹⁸ Es decir, existen distintos significados (*intensiones*) del término "verdadero" como propiedad de enunciados asertivos.

a) Teorías semánticas de la verdad como *correspondencia*: la verdad de un enunciado consiste en su adecuación a la realidad (o estado de cosas) a que se refiere, en su correspondencia con los hechos.

b) Teorías sintácticas de la verdad como *coherencia*: la verdad de un enunciado consiste en su pertenencia a un conjunto coherente de enunciados.

c) Teorías *pragmatistas* de la verdad: la verdad de un enunciado se concibe en términos de "aceptabilidad justificada". Un enunciado es verdadero si está justificado creer que es verdadero porque sirve a algún fin (versión "instrumentalista") o porque es aceptado (versión "consensualista"). En suma, un enunciado no está justificado porque sea verdadero, sino que es verdadero porque está justificado; o, más exactamente, porque el criterio para aceptarlo como verdadero (el criterio de verificación) está justificado.

El concepto correspondencial de verdad, en tanto que implica que un enunciado es verdadero sólo si se adecua a una realidad objetiva o independiente, presupone un cierto realismo epistemológico que se asienta en dos tesis: una "metafísica" y otra "gnoseológica". La tesis metafísica consiste en presuponer que existe un mundo real, independiente del sujeto cognoscente. La tesis gnoseológica consiste en presuponer que podemos conocer ese mundo real, aunque sea de forma imperfecta. El positivismo, sobre todo el positivismo lógico, asumía en principio ambos presupuestos: existe un mundo real al que se ajustan los enunciados verdaderos y la observación es el criterio de verdad de esos enunciados; más aún, los únicos enunciados con sentido son aquellos cuya verdad puede ser averiguada mediante contrastación empírica¹⁹. La quiebra de estos postulados supondría una crisis del concepto de verdad como correspondencia; y tal vez explique lo que ocurrió. La frustración del inicial proyecto de garantizar un conocimiento seguro mediante una depurada metodología abocó al cuestionamiento de un mundo real, independiente de todo sujeto y todo marco conceptual, y propició el triunfo de otros conceptos de verdad.

En efecto, tanto las teorías coherencistas de la verdad como las pragmatistas impugnan mayoritariamente los postulados del realismo epistemológico. Si dejamos a un lado aquellos casos en que estas teorías sean el resultado de asumir principios filosóficos idealistas o antirrealistas, parece evidente que el surgimiento de las mismas ha tenido su origen en concretos problemas epistemológicos, sobre todo en el ámbito científico; en particular, en la constatación de que ningún enunciado empírico, ni siquiera protocolar u observacional, es incorregible. Esta

¹⁹ El positivismo lógico —ya se ha dicho— asumió la tesis de WITTGENSTEIN de que los enunciados fácticos con sentido están formados a partir de enunciados elementales que dan una imagen verdadera o falsa de los hechos simples, y al interpretar que esos enunciados elementales eran los observacionales sostuvo que eran el punto de referencia para verificar empíricamente cualquier otro enunciado.

idea (consecuencia de la tesis pospositivista de la carga teórica de la observación) condujo al abandono del realismo y de la teoría de la verdad como correspondencia: si ni siquiera podemos confiar en la incorregibilidad de los enunciados de percepción, es obvio que la verdad habrá de obtenerse de otra manera, por coherencia, por consenso, por utilidad o simplicidad.

Ciertamente, con las gnoseologías pospositivistas —y subjetivistas en general— han florecido nuevas teorías de la verdad que arrinconan la intuitivamente más adecuada de la verdad como correspondencia. La formulación de HANSON de que «los hechos son lo que afirman los enunciados verdaderos»²⁰; o la de STRAWSON de que «hechos son lo que los enunciados, cuando son verdaderos, enuncian; no son aquello a lo que se refieren los enunciados»²¹; o la de PATZIG de que «sin proposiciones no puede haber hechos; los hechos dependen esencialmente del lenguaje»²², anuncian un abandono del concepto correspondencial de verdad y una apertura hacia concepciones alternativas de la misma²³. Sin duda, estas últimas han tenido un éxito desigual en el ámbito del pensamiento jurídico y probablemente bastante escaso en el de la práctica forense. Con todo, conviene dar breve cuenta de ellas, dado que comprometen una de las premisas básicas de todo conocimiento de hechos, incluido el judicial.

Las teorías de la coherencia —que han sido defendidas, entre otros, por BRADLEY, NEURATH, RESCHER o DAUER²⁴—, conciben que un enunciado es verdadero si pertenece a un sistema coherente de enunciados. Más exactamente: lo que se propone no es que un enunciado, para ser verdadero, tenga que ser coherente con un conjunto de enunciados ya definidos como verdaderos, sino que la verdad consiste en la concordancia de los enunciados entre sí.

La teoría coherencial de la verdad ha sido mantenida desde posiciones idealistas que entienden que la verdad sólo se predica de la totalidad, pero también desde el propio positivismo lógico. En este

²⁰ N. R. HANSON, *Patrones de descubrimiento*, cit., p. 17.

²¹ P. F. STRAWSON, «Verdad» (1950), trad. de A. García Suárez y L. M. Valdés, en *Ensayos lógico-lingüísticos*, Madrid, Tecnos, 1983, y ahora en *Teorías de la verdad en el siglo XX*, J. A. Nicolás y M. J. Frápolli (eds.), Madrid, Tecnos, 1997, p. 288.

²² G. PATZIG, «Proposición y hecho» (1964), hay trad. cast. de J. Malem, revisada por E. GARZÓN y R. ZIMMERLING, en *Hechos, Normas y Proposiciones. Ensayos y conferencias*, Barcelona, Alfa, 1986, p. 16.

²³ Un estudio de las distintas teorías de la verdad, en S. HAACK, *Filosofía de las lógicas* (1978), trad. de A. Antón y T. Orduña, Madrid, Cátedra, 1982. El libro *Teorías de la verdad en el siglo XX*, cit., recoge varias de las principales aportaciones a la discusión sobre la verdad.

²⁴ F. H. BRADLEY, *Essays on Truth and Reality*, Oxford University Press, 1914. O. NEURATH, «Proposiciones protocolares» (1932), en A. J. AYER (comp.), *El positivismo lógico*, cit., pp. 205 ss. N. RESCHER, *The coherence Theory of Truth*, Oxford University Press, 1973; vid. también, en castellano, «Verdad como coherencia ideal» (1985), trad. de J. Rodríguez, en *Teorías de la verdad en el siglo XX*, cit. F. DAUER, «In defence of the coherence theory of truth», *Journal of Philosophy*, 71, 1974.

último caso, la teoría coherencial es, como ya se ha indicado, el resultado de ciertos problemas metodológicos que afectan a la verificación de las proposiciones fácticas, porque tendencialmente el empirismo (y el positivismo lógico es originariamente empirista) acepta la teoría de la verdad como correspondencia. En el fondo de la teoría de la coherencia, en efecto, subyace una desconfianza en la infalibilidad de la contrastación empírica, o si se quiere, en la objetividad del conocimiento de base observacional²⁵. Si la observación proporcionara resultados incorregibles, la verdad de los enunciados no directamente contrastables se obtendría a partir de su concordancia lógica con los enunciados directamente contrastables. No siendo éste el caso —arguye NEURATH—, ni siquiera para los enunciados de percepción (los protocolos) existe un “noli me tangere”: cuando se nos muestra una nueva proposición que se halla en contradicción con el sistema de que disponemos, podemos eliminarla... «o bien podríamos “aceptar” la proposición y en cambio modificar de tal modo el sistema que... conserve su no-contradictoriedad. La proposición se denominaría entonces “verdadera”»²⁶. Pero —obsérvese— con este concepto de verdad se pone a los enunciados fuera del control de los hechos, con las arbitrarias y sorprendentes consecuencias a que ello puede conducir.

Las teorías de la coherencia presentan, entre otros, dos problemas fundamentales relacionados entre sí. El primero de ellos tiene que ver con el hecho de que un conjunto de enunciados puede contener más de un subconjunto coherente, de manera que no se obtiene univocidad alguna. Si se quiere mantener la univocidad es necesario un criterio que permita seleccionar el subconjunto de enunciados o creencias que conforman el sistema coherente verdadero. El segundo problema es que, si se atiende sólo a la coherencia formal entre enunciados, las mayores extravagancias deberían aceptarse como verdaderas si forman parte de un todo coherente; «se entrega uno a la arbitrariedad y se abandona el empirismo»²⁷. Las palabras de M. SCHLICK tal vez contribuyan a esclarecer el sentido de lo que se afirma: «si se ha de tomar en serio la coherencia como criterio general de verdad, entonces hay que considerar que los cuentos de hadas, arbitrarios, son tan ver-

²⁵ Los enunciados protocolares (o enunciados básicos, o elementales, u observacionales; en fin, los directamente contrastables) representaron la última forma con que el empirismo lógico buscaba una base inmovible sobre la que pudiera descansar la estructura del conocimiento. Por ello, al menos en el empirismo lógico, la teoría sintáctica de la verdad como concordancia mutua de los enunciados surge cuando se toma conciencia de que los enunciados protocolares no son la base firme del conocimiento que preconizan. Esto es particularmente evidente en la obra de Otto NEURATH.

²⁶ O. NEURATH, «Proposiciones protocolares», cit., p. 209.

²⁷ V. KRAFT, *El Círculo de Viena*, cit., p. 146, criticando la posición de algunos empiristas lógicos, como O. NEURATH, que habían adoptado un punto de vista sintáctico respecto a la verificación. El problema de la verificación —dice KRAFT— se hizo insoluble mediante la consideración puramente sintáctica, porque en ella no se tiene en cuenta ninguna relación con lo extralingüístico. Sólo el punto de vista semántico proporciona base para solucionar este problema.

daderos como un relato histórico, o como los enunciados de un libro de química, siempre que el cuento esté construido de tal manera que no encierre ninguna contradicción»²⁸. Si quiere evitarse este problema, la coherencia no puede entenderse simplemente como la concordancia entre enunciados, cualesquiera que éstos sean; es preciso, además, que la concordancia se dé con enunciados que no pueden ser arbitrariamente elegidos: concretamente, con los enunciados de percepción, los que registran una observación inmediata. Pero entonces, como el propio SCHLICK afirma, para designar la compatibilidad «no hay razón en no usar la buena expresión antigua... de “concordancia con la realidad”»²⁹. Según este punto de vista, pues, la única forma de aceptar la teoría de la coherencia es asimilarla a la de la correspondencia; pero entonces resulta superflua.

Las teorías de la coherencia han tenido reflejo en los contextos jurídicos fundamentalmente a través del concepto de “coherencia narrativa”. Este concepto, sin embargo, no es usado unívocamente en la literatura jurídica, pudiéndose detectar al menos dos formas de entenderlo que vendrían a identificar la coherencia con un concepto de verdad o con un criterio de la misma.

Una primera forma de entender la coherencia narrativa es la propia del narrativismo, que, instalado en la semiótica o en la hermenéutica, «no pretende un discurso descriptivo, contraído, peristáltico, donde los hechos sean simple literalidad que muestre consistencia con sentidos y significados previos..., sino una organización narrativa del discurso, donde los hechos ganen sentido autónomo, adquieran peculiar significado y construyan su propia coherencia»³⁰. La coherencia se concibe, pues, como un concepto de verdad, antes que como criterio de la misma. Desde estas concepciones, además, se tiende a veces a confundir, o al menos a no separar claramente, las cuestiones de hecho y de Derecho presentes en la actividad operativa, considerando entonces la práctica jurídica como una historia de tipo narrativo que integra los hechos y el Derecho³¹.

²⁸ M. SCHLICK, «Sobre el fundamento del conocimiento», en A. J. AYER (comp.), *El positivismo lógico*, cit., p. 221.

²⁹ *Ibidem*, p. 221. También A. J. AYER, en el mismo volumen, formula una crítica a la teoría coherencial de la verdad en el mismo sentido que la de SCHLICK y que lleva a las mismas consideraciones finales: «El intento de formular un criterio para determinar la verdad de las proposiciones empíricas que no contuviera referencia alguna a los “hechos”, ni a la “realidad”, ni a la “experiencia”, no ha tenido éxito. Parece admisible sólo cuando implique una introducción tácita del propio principio de concordancia con la realidad que está destinado a evitar», «Verificación y experiencia», pp. 239.

³⁰ J. CALVO, *El discurso de los hechos*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 27. Del mismo autor puede verse *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.

³¹ Sobre este concepto amplio de coherencia narrativa puede verse P. NERHOT, «Interpretation in Legal Science», B. VAN ROERMUND, «Narrative Coherence and the Guises of Legalism»,

Frente al narrativismo, otras versiones de la coherencia narrativa reclaman, o al menos no rechazan, algún anclaje en la realidad³², haciendo de la coherencia un criterio de verdad. Así —sugiere Z. BANKOWSKI—, «el fin del proceso es producir una historia o imagen coherente de los hechos en disputa»³³; pero no se trata de un concepto de coherencia en el sentido de las posiciones epistemológicas radicales de “construcción social de la realidad”, sino en el sentido de que sólo podemos buscar la verdad a través de los procedimientos institucionales establecidos, de manera que únicamente podemos aspirar a una imagen coherente de los hechos dentro de las reglas del proceso³⁴. La versión más representativa de esta segunda manera de entender la coherencia narrativa es, con todo, la sostenida por N. MACCORMICK³⁵.

V. VILLA, «Normative Coherence and Epistemological Presupposition of Justification» y G. ZACCARIA, «Hermeneutics and Narrative Comprehension»; los cuatro en P. NERHOT (ed.), *Law, Interpretation and Reality*, cit. De B. VAN ROERMUND, en castellano, *Derecho, relato y realidad* (1993), trad. de H. Lindahl, Madrid, Tecnos, 1997. A este mismo concepto amplio de la coherencia narrativa quizá pueda reconducirse la idea de R. DWORKIN de la práctica jurídica como “novela en cadena”; vid., en particular, «La chaîne du droit», en *Droit et Société*, 1, 1985; también *Law's Empire*, London, Fontana, 1986 (hay trad. de C. FERRARI, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988). Sobre la posición de DWORKIN, vid. J. LENOBLE, «La théorie de la cohérence narrative en droit. Le débat Dworkin-MacCormick», *Archives de Philosophie du droit*, 33, 1988.

Aún más pretencioso resulta el concepto de coherencia narrativa de B. JACKSON, que, criticando la concepción hermenéutica de la coherencia narrativa que sostiene VAN ROERMUND como principio que articula la relación entre los hechos y la norma, postula la extensión del concepto a todo el proceso de aplicación de las normas jurídicas: a la premisa mayor del razonamiento jurídico, a la premisa menor y al paso del enunciado universal al particular. De B. JACKSON, puede verse, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1988.

³² Pueden verse, en el volumen editado por P. NERHOT, *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, cit., los trabajos sobre el particular de Z. BANKOWSKI, «The Jury and Reality»; A. PECZENIK, «Coherence, Truth and Rightness in the Law»; y M. DEN BOER, «A linguistic Analysis of Narrative Coherence in the Court-room».

³³ Z. BANKOWSKI, «The Jury and Reality», cit., p. 234.

³⁴ «Nuestro conocimiento de la verdad y de los “hechos de la causa” está inexorablemente ligado al procedimiento mediante el cual los verificamos. Pero esto no convierte a la búsqueda de la verdad y a la persecución del conocimiento en un “juego”, en el sentido de que sea pura y exclusivamente convencional y artificial». Se trata simplemente de que al conocimiento de los hechos sólo puede accederse a través de las reglas del proceso, pero éstas reglas pueden no estar basadas sólo en la búsqueda de la verdad, sino que pueden responder también a consideraciones normativas, morales o pragmáticas, *Ibidem*, p. 237.

Esta posición es, pues, distinta a las concepciones narrativistas, que entienden la coherencia más bien como un concepto de verdad que como un criterio de la misma. Así, B. VAN ROERMUND, por ejemplo, afirma que «un relato sólo puede ser narrado y comprendido partiendo del supuesto de que hay algo fuera del relato y sobre el cual algo se narra»; pero añade que «el “acontecer” al que se hace referencia no es independiente del relato ni lo precede», sino que «también es el producto de estrategias que organizan un campo determinado del hablar, pensar y actuar, haciendo de él una totalidad», *Derecho, relato y realidad*, cit., pp. 27-28.

³⁵ N. MACCORMICK se ocupa de la coherencia narrativa en «The Coherence of a Case and the Reasonableness of Doubt», *Liverpool Law Review*, 2, 1980; y «Coherence in Legal Justification» (1984), trad. it., «La congruenza nella giustificazione giuridica», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (coords.), *L'Analisi del ragionamento giuridico*, cit., vol. I, pp. 243 ss; ahora también

Para MACCORMICK, que parte de un concepto de verdad como correspondencia, la coherencia narrativa es un test de verdad o probabilidad en cuestiones de hechos y de prueba en las que no se disponga de prueba directa mediante observación inmediata, y consiste en «la posibilidad de explicar la proposición controlada dentro del mismo esquema de explicación que da cuenta de las proposiciones consideradas verdaderas»³⁶. Pero la coherencia narrativa no se identifica con la simple “consistencia” o ausencia de contradicción. La coherencia, además de consistencia, exige que el relato en su conjunto tenga sentido, de acuerdo con los principios explicativos del actuar racional, intencional y motivacional del hombre³⁷. En palabras de M. DEN BOER, cuando se habla de “coherencia narrativa” se «hace referencia a un estado de coherencia realizado dentro del propio texto narrativo, basado en el cumplimiento de dos criterios: cohesión y consistencia... La coherencia, en suma, hace referencia a un estado de armonía y de ausencia de contradicción entre los distintos elementos de un conjunto de ideas o de hechos»³⁸.

Por su parte, las teorías pragmatistas de la verdad, que fueron elaboradas principalmente por PEIRCE, JAMES y DEWEY, pero entre las que también podrían incluirse las concepciones de la verdad de KUHN, HABERMAS o PUTNAM³⁹, operan una asimilación entre la verdad de un enunciado y su justificación o los criterios para aceptarla; y en esto se apartan de las teorías de la correspondencia, que, asentadas en el realismo, separan por completo ambas cuestiones. La tesis básica de la máxima pragmatista —fundamentalmente del pragmatismo nortea-

en M. BESSONE y R. GUASTINI (coords.), *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, Padova, CEDAM, 1994, pp. 115 ss., por donde citaremos.

³⁶ N. MACCORMICK, «La congruenza nella giustificazione giuridica», cit., p. 128. Siguiendo a MACCORMICK, M. CALVO, *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, cit., p. 7. En el mismo sentido, J. LENOBLE, «La théorie de la cohérence narrative en droit. Le débat Dworkin-McCormick», en *Archives de Philosophie du Droit*, 33, 1988, pp. 121-139.

³⁷ N. MACCORMICK, «La congruenza nella giustificazione giuridica», cit., p. 127.

³⁸ M. DEN BOER, «A Linguistic Analysis of Narrative Coherence in the Court-room», cit., pp. 351-52.

³⁹ Ch. S. PEIRCE, «The fixation of belief» (1877), ahora en *Collected Papers*, cit., vol. 5 («Pragmatism and Pragmaticism»), pp. 223 ss. W. JAMES, *Pragmatismo* (1907), trad. y prólogo de L. Rodríguez Aranda, Buenos Aires, Aguilar, 4.ª ed., 1967; y *El significado de la verdad* (1909), trad. y prólogo de L. Rodríguez Aranda, Buenos Aires, Aguilar, 3.ª ed., 1966. J. DEWEY, «A short catechism concerning truth», en *The influence of Darwin in Philosophy*, New York, Henry Holt, 1910; y *La reconstrucción de la filosofía* (1920), trad. A. Lázaro Ros, Barcelona, Planeta-Agostini, 2.ª ed., 1986. Th. S. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, cit. J. HABERMAS, «Teorías de la verdad» (1973), ahora en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Cátedra, 1989, pp. 113-161. H. PUTNAM, *Pragmatism*, Oxford, Blackwell, 1995; *Reason, Truth and History*, cit., y *Las mil caras del realismo*, cit.

americano inaugurado por PEIRCE⁴⁰— es que el significado de un concepto es una función de sus consecuencias “pragmáticas” o “experimentales”⁴¹; por ello, con relación al concepto de verdad, la idea que es “útil” o que “satisface”, «la que funciona en la práctica, es la verdadera; y la verdad es un sustantivo abstracto que se aplica a la serie de casos, actuales, previstos y deseados, que se ven confirmados en sus obras y en sus consecuencias»⁴². Esto no significa que cualquier idea o creencia que “funcione” sea aceptable como verdadera, pues para ello es necesario tener también en cuenta la experiencia pasada y, sobre todo, su “verificabilidad”⁴³. De ahí la idea de PEIRCE de que la verdad es el final de la investigación, aquello en lo que concordarán, o concordarían, quienes usan el método científico si persistiesen el tiempo suficiente, y el objeto representado por esa opinión es lo real⁴⁴. Ahora bien —afirma JAMES, llevando así el pragmatismo a los extremos “relativistas” con que después se ha difundido⁴⁵—, entretanto no se fija, a través del método científico, una creencia “estable”, y puesto que la información de que se puede disponer en un tiempo puede resultar insuficiente para decidir entre creencias que compiten, la elección entre ellas puede depender de razones como el consenso o aceptación de la comunidad, la simplicidad o la elegancia⁴⁶. En suma, desde la perspectiva pragmatista se llegó a un concepto “relativista” de verdad: la verdad consiste en la aceptabilidad justificada; un enunciado es verdadero si está justificada su aceptación, lo que puede tener lugar por su simplicidad, su utilidad o el reconocimiento de su verdad por parte de la comunidad de hablantes⁴⁷.

⁴⁰ Aunque el origen del pragmatismo sea oscuro, parece que, al menos en el ámbito estadounidense, el término “pragmatismo” lo introduce Peirce por primera vez en 1878 (J. PÉREZ DE TUDELA, *El pragmatismo americano*, Madrid, Cincel, 1988, p. 31).

⁴¹ Considérese —dice PEIRCE— «qué efectos que pudieran tener alcance práctico pensamos que tenga el objeto de nuestro concepto. Entonces, esos efectos constituyen nuestro concepto integral del objeto». Por ejemplo: «¿qué otro significado habría encontrar a la noción de que algo es “duro” sino el simple hecho de que otras sustancias no puedan rallarlo?», Ch. S. PEIRCE, *Collected Papers*, cit., 5.402 y 5.403, respectivamente.

⁴² J. DEWEY, *La reconstrucción de la filosofía*, cit., p. 168.

⁴³ En palabras de JAMES, «ideas verdaderas son la que podemos asimilar, validar, corroborar y verificar. Falsas las que no podemos», *Pragmatismo*, cit., p. 168.

⁴⁴ Ch. S. PEIRCE, *Collected Papers*, cit., 5.407 (p. 268) y 5.565 (p. 394).

⁴⁵ Precisamente por no compartir la versión “relativista” o “subjetivista” del pragmatismo que W. JAMES popularizó, Peirce juzgó necesario precisar su idea del pragmatismo, usando —para diferenciarse de JAMES— la horripunda expresión “pragmaticismo”.

⁴⁶ W. JAMES, *Pragmatismo*, cit., pp. 163 ss.

⁴⁷ Sobre la teoría pragmatista de la verdad, S. HAACK, *Filosofía de las lógicas*, cit., pp. 118 ss. Puede verse también, J. PÉREZ DE TUDELA, *El pragmatismo americano*, cit.

El pragmatismo de PEIRCE, JAMES y DEWEY tuvo un cierto reflejo jurídico en la obra de LEON DUGUIT, *El pragmatismo jurídico*, conferencias pronunciadas en la Universidad de Madrid y publicadas con prólogo de Q. Saldaña, Madrid, F. Beltrán, 1924. Sin embargo, la proyección jurídica del pragmatismo no parece que se ocupase del problema del conocimiento de hechos, sino de la aceptabilidad de los conceptos jurídicos. Esta afirmación de DUGUIT así parece demostrarlo: «El hombre tiene dos órdenes de conocimiento: el conocimiento de los hechos materiales

En la medida en que las teorías pragmatistas de la verdad llevan a cabo una asimilación entre verdad y criterios para aceptarla, pueden considerarse análogas a ellas las concepciones de la verdad que se ofrecen desde una perspectiva “internalista”. La caracterización de estas concepciones de la verdad frente a las teorías de la correspondencia, que asumen la perspectiva “externalista”, puede ilustrarse a partir de las relaciones entre el concepto de verdad y el de justificación⁴⁸. Para las teorías correspondencialistas, la noción de verdad es distinta de la noción de justificación para creer que algo es verdad: lo que hace verdadero un enunciado o una creencia es algo distinto a las razones que podamos tener para creer; podríamos tener las mejores razones, la mejor justificación, y, sin embargo, el enunciado podría ser falso, pues su verdad depende del mundo “externo”. Por el contrario, desde la perspectiva “internalista” se parte de considerar que todos nuestros conceptos —incluido el de verdad— están mediatizados por nuestras capacidades como sujetos cognoscentes: lo que consideramos “el mundo” no es independiente de los esquemas mentales y teorías con que lo conocemos, y, en consecuencia, no puede hablarse de verdad como correspondencia entre una teoría y lo que realmente hay⁴⁹. La verdad debe analizarse en función de las razones que tenemos para creer; por eso, la noción de verdad está estrechamente relacionada con la noción de justificación.

Las teorías pragmatistas de la verdad, así como las desarrolladas desde la perspectiva “internalista”, presentan una importante dificultad. En la medida en que asimilan la verdad a los métodos de obtención de la misma parecen abocadas a abrazar un cierto “relativismo ontológico”, pues la realidad no sería ya algo dado, sino dependiente de nuestros valores o teorías, de nuestros esquemas de conocimiento o verificación; con las consecuencias que ello puede acarrear en todo caso, pero particularmente en el plano judicial: puede haber creencias “útiles” o “satisfactorias”, y que por ello se considere justificadas, pero falsas.

De esta dificultad parece escapar una de las elaboraciones pragmatistas más depuradas: la teoría consensual de la verdad de J. HABERMAS⁵⁰. Para este autor, el concepto de verdad no es relativo (o sub-

sobre los que recae la acción de los sentidos y el conocimiento de los conceptos... El primero no puede negarse seriamente que corresponde a algo real, pero desde hace miles de años se discute la cuestión de saber si los conceptos corresponden a una realidad», pp. 27-28.

⁴⁸ Vid. L. OLIVÉ, «Racionalidad, Objetividad y Verdad», en L. OLIVÉ (ed.), *Racionalidad epistémica*, cit., p. 113 recogiendo lo expuesto por A. R. PÉREZ RANSANZ, *Kuhn y el cambio científico. Problemas de la racionalidad y el realismo en la ciencia*, México, FCE, 1995.

⁴⁹ Representa un ejemplo de lo dicho Th. S. KUHN, cuya tesis de la inconmensurabilidad de las teorías científicas anteriores y posteriores a un cambio de paradigma le lleva a decir que «después de una revolución, los científicos responden a un mundo diferente», *La estructura de las revoluciones científicas*, cit., cap. X, p. 176.

⁵⁰ Es el propio J. HABERMAS el que defiende su teoría frente a esta crítica tradicional a las teorías pragmatistas, vid. «Teorías de la verdad», cit., pp. 138-39.

jetivo), aunque se liga directamente al concepto de justificación de esa verdad. La verdad es una pretensión de validez discursiva que hace referencia a la justificación que puedan tener los hablantes para sostener una creencia. Pero no se trata de la justificación que *de facto* pueda existir en un momento dado, dependiendo del estado de los conocimientos, de los recursos conceptuales, materiales, etc. Se trata de una justificación ideal: la justificación que sería admitida por cualquier sujeto racional en unas *condiciones epistémicas ideales*; es decir, un enunciado no resulta verdadero por el solo hecho de su aceptación (contingente) en un contexto histórico dado, sino porque está justificado aceptarlo como verdadero en ciertas condiciones ideales. En palabras del autor, la afirmación de que la verdad es una pretensión de validez discursiva hace referencia «a la práctica de la argumentación en general, pero en modo alguno a métodos determinados de obtención de enunciados verdaderos... El consenso fundado vale como criterio de verdad, pero el significado de la verdad no consiste en la circunstancia de que se alcance un consenso, sino en que en todo momento y en todas partes, con tal que entremos en un discurso, pueda llegarse a un consenso en condiciones que permitan calificar ese consenso como consenso fundado»⁵¹. Ahora bien, como observa TARUFFO, esta definición de la verdad no dice aún cuándo un consenso está fundado; y, por tanto (paradójicamente), nada impide que, en determinados contextos, pueda definirse como fundado el consenso que se manifiesta sobre criterios basados en la correspondencia entre lo que se afirma y lo que acaece en el mundo real⁵².

De cualquier manera, no todo el pragmatismo supone una impugnación del realismo. Éste es —como se avanzó en el capítulo anterior— el caso de H. PUTNAM, quien, rechazando la dicotomía entre el significado de la verdad y los criterios para su verificación (típica del “realismo epistemológico”), auspicia, sin embargo, un cierto realismo que denomina “realismo interno” o “realismo pragmático”. El realismo pragmático de PUTNAM entiende que la verdad de un enunciado y sus criterios de verificación son cuestiones diferentes, pero interdependientes⁵³; que la pregunta por los objetos que constituyen el mundo sólo tiene sentido plantearla dentro de un marco conceptual, y que, por ello mismo, la verdad consiste en «algún tipo de aceptabilidad racional (idealizada) —algún tipo de coherencia ideal de nuestras creencias entre sí y con nuestras experiencias *tal como esas experiencias son pre-*

⁵¹ *Ibidem*, p. 139.

⁵² M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 150-151.

⁵³ Si alguien careciese de la habilidad para confirmar un enunciado (por ejemplo, “hay una silla en esta habitación”) no podríamos decir que entiende que el enunciado en cuestión es verdadero. «Nuestra comprensión de lo que es verdad en un caso dado y nuestra comprensión de lo que es confirmación son dos capacidades interrelacionadas», H. PUTNAM, *Pragmatism*, cit., p. 12.

sentadas en nuestro sistema de creencias— y no correspondencia con “estados de cosas” independientes de la mente o del discurso»⁵⁴. Con ello —como afirma OLIVÉ⁵⁵— PUTNAM se toma en serio las tesis de HANSON y KUHN sobre la carga teórica de la observación, pero no abandona un cierto realismo, pues lo que percibimos, aunque mediatamente, no son los datos de los sentidos, sino los objetos del mundo.

Por último, y aun con las objeciones que se ponen a las teorías pragmatistas de la verdad, el criterio pragmatista de la *simplicidad* o sencillez o economía de pensamiento o comodidad⁵⁶ ha jugado y juega un papel básico en el empirismo como criterio de elección entre hipótesis; o, si se quiere, como criterio para aceptar (como verdadera) una hipótesis con preferencia a otras. Son dos los problemas que han de resolver quienes defienden el uso de este criterio: el primero, qué significa decir que una hipótesis explicativa es más simple que otra; el segundo, y tal vez más importante, cuáles son las razones que sustentan el principio de simplicidad, por qué ha de preferirse, entre dos hipótesis igualmente confirmadas, la más simple⁵⁷. Pese al debate y los análisis de los que esta cuestión ha sido objeto, no se ha obtenido ninguna caracterización satisfactoria de la misma. No obstante, hay un cierto acuerdo en conectar la sencillez con la “fertilidad” o la “capacidad heurística” de una hipótesis: dadas dos hipótesis en conflicto, parece que preferir la más simple es optar por la más “fértil”⁵⁸, la que permite explicar el mayor número de hechos. Y con análogo planteamiento piensa POPPER que la hipótesis más simple es la que tiene mayor contenido empírico, por tanto la que puede ser refutada más fácilmente⁵⁹; en definitiva, grado de simplicidad equivaldría a grado de refutabilidad. Pero, en realidad, el concepto de simplicidad así interpretado se distingue muy poco del grado de verosimilitud empírica. Con ello, desde luego, se resuelve el problema de la justificación del criterio de simplicidad, pero se hace del mismo un test un tanto superfluo: la simplicidad no añade nada cualitativamente distinto al criterio de contrastabilidad.

⁵⁴ H. PUTNAM, *Reason, Truth and History*, cit., pp. 49-50.

⁵⁵ L. OLIVÉ, «Racionalidad, Objetividad y Verdad», cit., p. 112.

⁵⁶ «Economía de pensamiento» es la terminología con la que se hace referencia a este criterio en MACH y AVENARIUS y en el convencionalismo. En el mismo sentido, un convencionalista como H. POINCARÉ afirmaba que no tiene sentido decir que una geometría sea más verdadera que otra; «solamente puede ser más cómoda», *La ciencia y la hipótesis*, cit., p. 57.

⁵⁷ C. HEMPEL plantea estas cuestiones en *Filosofía de la ciencia natural*, cit., pp. 67 ss. y 70. Para el problema de la simplicidad, puede consultarse también S. BARKER, *Inducción e hipótesis* (1957), trad. de N. Míguez, Buenos Aires, Eudeba, 1963.

⁵⁸ *Vid.*, por ejemplo, Ph. FRANK, *Philosophy of Science*, Englewood Cliffs, N. J., Prentice-Hall, 1957, p. 352 (hay trad. cast. de F. González Aramburu: *Filosofía de la ciencia*, México, Herrero Hnos. Sucesores, 1965).

⁵⁹ K. POPPER, *Lógica de la investigación científica*, cit., p. 134 y, en general, caps. VI y VII.

c) El "cognoscitivismo" y la concepción semántica de la verdad

Como se ha visto, los conceptos coherentista y pragmatista de verdad presentan varias dificultades en el plano epistemológico general. Pero en el ámbito de una epistemología judicial en particular presentan aún dificultades adicionales: son planteamientos contraintuitivos que, además, no se adecuan al objetivo del proceso de fijación judicial de los hechos.

Los conceptos coherentista y pragmatista de verdad son *contraintuitivos* porque, tanto en el lenguaje común como en el judicial, no se afirma que un conjunto de enunciados sobre hechos sea verdadero porque resulte internamente coherente —lo sería entonces una novela— o porque sea aceptado —incluso unánimemente— o resulte más simple que otros, sino porque los hechos que describen han sucedido realmente. En otras palabras, en las convenciones lingüísticas de los hablantes, decir que los enunciados fácticos son verdaderos significa que los hechos que describen han tenido lugar —independientemente de que se los conozca o no— y no que tales enunciados resultan coherentes ni que son aceptables. Prueba de ello es que «muchos de nuestros argumentos para aceptar o rechazar una determinada representación del mundo se basan en que consideramos que la representación corresponde o no corresponde de hecho a una supuesta realidad objetiva»⁶⁰. Pero además —vinculado a lo anterior—, los conceptos coherentista y pragmatista de verdad *se desconectan del objetivo del proceso* de fijación judicial de los hechos, que no es otro que la reconstrucción de los hechos, tal y como sucedieron. Cuando el juez declara que ciertos hechos son verdaderos no pretende con ello formular un enunciado que sea coherente con otros o que pueda ser aceptado por cualquier razón. Lo que pretende es reconstruir la realidad, aportar una "información empírica" sobre los hechos en cuestión. Muy simplemente: pretende decir que la realidad es —o ha sido— como describe el enunciado; lo que por cierto es común al concepto de verdad usado en las múltiples facetas de la vida cotidiana. Con razón afirma QUINE, que no será sospechoso de realismo, que si en algo tienen razón los "proposicionalistas" de la escuela de Oxford es en decir que «la verdad ha de depender de la realidad, porque así es. No hay oración que sea verdadera sino porque la realidad la hace verdadera»⁶¹.

Las dificultades que se acaban de señalar creo que pueden ser superadas con la recuperación de una epistemología mínimamente

⁶⁰ M. A. QUINTANILLA, «Introducción», a H. PUTNAM, *Las mil caras del realismo*, cit., p. 29.

⁶¹ W. V. O. QUINE, *Filosofía de la lógica* (1970), trad. M. Sacristán, Madrid, Alianza, 2.ª ed., 1977, p. 34. Se refiere Quine con "proposicionalistas" a quienes han exaltado los significados de las oraciones hasta hacer de ellos entidades abstractas de derecho propio llamadas *proposiciones*, que es de las que predicán la verdad o falsedad, en vez de hacerlo de las oraciones (p. 22).

"realista". Ésta constituye el núcleo básico de un *modelo epistemológico cognoscitivista* que —recordemos— se caracteriza muy resumidamente por las siguientes notas:

a) Los enunciados fácticos se conciben como *descripciones* de hechos que tienen una existencia independiente de esos enunciados; es decir, los enunciados fácticos proporcionan información sobre los hechos, no los constituyen: la pretensión de quien los formula es referirse a una realidad externa.

b) Si decir que un enunciado fáctico es verdadero significa que los hechos que describe han sucedido, el concepto de verdad requerido por el cognoscitivismo es el semántico de la *verdad como correspondencia o adecuación*, no el de verdad como coherencia o como aceptabilidad justificada. Estos últimos pueden ser un "test" o criterio de verificación, pero no son la verdad.

Naturalmente nada impide en principio, por ejemplo, sobre la base de posiciones filosóficas irracionalistas, idealistas o antirrealistas, adoptar un modelo epistemológico "constructivista" o "decisionista", en cuyo caso quizá los conceptos de verdad adecuados fueran los de coherencia y aceptabilidad; en todo caso, quien asumiera esas premisas filosóficas habría de estar dispuesto a extraer las correspondientes consecuencias irracionalistas o idealistas en materia de prueba, o bien a declarar explícitamente que el concepto de prueba carece de sentido⁶². Optamos, sin embargo, por el "cognoscitivismo" porque creemos que cuenta con buenas razones en su favor. En primer lugar, porque es el modelo que se corresponde con posiciones epistemológicas de alcance más general que —como ya se avanzó en el capítulo primero— consideramos correctas. En segundo término, porque el cognoscitivismo resulta particularmente adecuado para dar cuenta del conocimiento de hechos que se desarrolla en sede judicial, así como para salvaguardar los valores que ese conocimiento debe perseguir en una perspectiva que puede calificarse de ilustrada o, si se prefiere, garantista.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, el cognoscitivismo des cansa en una epistemología mínimamente realista que, sin menospreciar el condicionamiento teórico y —sobre todo, con relación al proceso judicial— institucional de nuestro "acceso a los hechos", permite mantener la esperanza en un conocimiento objetivo⁶³. Las epistemologías

⁶² Así lo señala también M. TARUFFO, «Note sulla verità dei fatti nel processo civile», cit., p. 349.

⁶³ La mayoría de las epistemologías realistas apuestan por el realismo precisamente para justificar la objetividad del conocimiento. Así, por ejemplo, L. VILLORO, quien entiende que para explicar la objetividad de nuestro conocimiento debemos suponer no sólo que existe la realidad independiente de todo sujeto y de todo marco conceptual, sino que la verdad es correspondencia de nuestros juicios con la realidad, *Creer, saber conocer*, cit., p. 181. En el mismo sentido, M. BUNGE entiende también que el realismo gnoseológico conlleva una concepción de

subjetivistas presuponen una concepción de las relaciones entre realidad, sujeto y conocimiento que estima imposible un conocimiento racional u objetivo del mundo; o por ser más precisos, estiman que la objetividad deriva de nuestros esquemas de conocimiento y no de un "mundo objetivo". Estas epistemologías abocan al final al "irracionalismo" del "todo vale" o a un "subjetivismo" según el cual no hay más verdad que la conocida a través de los paradigmas teóricos de conocimiento; en cualquier caso, a un conocimiento ajeno al control de los hechos. Por lo demás, las posiciones epistemológicas aludidas acaso puedan tener sentido en el conocimiento de las normas o valores, o incluso del mundo microscópico, pero se hacen absurdas en relación con el mundo macroscópico, pues —como afirma REICHENBACH— si no podemos confiar en la observación empírica como una de las fuentes de la verdad "estamos a un paso del misticismo"⁶⁴. La epistemología sobre la que descansa el modelo cognoscitivista postula un realismo mínimo, y por tanto concibe el conocimiento de hechos como la relación entre sujeto cognoscente y mundo real que permite calificar los resultados del conocimiento como verdaderos o falsos, dependiendo de que los acontecimientos que describen hayan sucedido o no. Que las condiciones y obstáculos teóricos e institucionales para alcanzar el conocimiento impidan hablar de "verdades absolutas" no invalida el modelo. Pone sólo de manifiesto que hay que tomar conciencia del carácter "relativo" y no absoluto del conocimiento alcanzado, y que tal vez por ello sea preferible hablar de "probabilidad" o conocimiento "probable" en lugar de "verdad". Pero un conocimiento probable sigue siendo un conocimiento objetivo, pues la falta de certeza absoluta no puede conducir a ignorar que existen diferentes grados de certeza.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, creo que en el plano de la fijación judicial de los hechos el cognoscitivismo resulta particularmente adecuado desde un punto de vista conceptual, práctico y valorativo.

Resulta *conceptualmente* adecuado porque el concepto de verdad como correspondencia, a diferencia de lo que ocurre con otros conceptos de verdad, es el que más se adecua a las intuiciones de los

la verdad como correspondencia entre las proposiciones y la realidad, *Racionalidad y realismo*, cit., p. 41. Pero quizá la posición más depurada sea la de H. PUTNAM, al subrayar, desde su realismo epistemológico, la carga conceptual de nuestro conocimiento del mundo, *vid.*, por ejemplo, *Las mil caras del realismo*, cit. Remitimos, sobre el particular, a cuanto se dijo en el apartado 2.a), 2.º y 3. b) de este trabajo.

⁶⁴ H. REICHENBACH, *La filosofía científica*, cit., p. 42. En análogo sentido se pronuncian C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, arremetiendo contra la idea de que la verdad es lo expresado por la autoridad y aceptando expresamente la teoría de la verdad como correspondencia: «si una oración es empírica tiene que haber un hecho empírico que la haga verdadera»; es decir, una oración es verdadera si hay para ella «un estado de cosas correspondiente con el mundo físicamente perceptible». Si se trata de oraciones no empíricas —añaden— la cuestión puede cambiar. «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», cit., p. 310.

hablantes y, por supuesto, también a las de quienes participan de un modo u otro en el procedimiento judicial: cuando en el proceso se pide a un testigo que diga la verdad no se le está pidiendo que diga lo que estima útil o que sea coherente, sino que describa los hechos, tal y como sucedieron⁶⁵.

Resulta *prácticamente* adecuado porque en el procedimiento judicial de fijación de hechos —ya se ha avanzado—, lo que interesa de los enunciados fácticos es la información empírica que proporcionan; esto es, interesa conocer cuáles son los hechos que han tenido lugar⁶⁶. Por ejemplo, el enunciado asertivo "A mató a B" nos interesa *por su referente empírico* (saber si A mató o no a B), y no por la coherencia que pueda tener con otros enunciados ni porque esté justificado aceptarlo. La verdad como coherencia no nos proporciona información sobre la existencia de los estados de cosas de que hablan los enunciados que se dicen verdaderos, sino que sólo nos informan de la coherencia de esos enunciados con otros. Y la verdad como aceptabilidad justificada sólo nos informa de que existen razones que justifican aceptar un enunciado. Lo cual no impide, como enseguida se dirá, que tanto la teoría de la coherencia como la de la aceptación puedan servir como "criterios" adicionales de verdad.

El modelo cognoscitivista resulta, por último, *valorativamente* adecuado por dos razones, ambas señaladas por FERRAJOLI. Ante todo, porque los conceptos de coherencia y aceptabilidad justificada, propios de otros modelos alternativos, son inaceptables en la jurisdicción: para justificar las decisiones judiciales no es suficiente que "satisfagan" o

⁶⁵ Precisamente K. POPPER acoge de buen grado la teoría semántica de TARSKI porque rehabilita la idea "intuitiva" de verdad como correspondencia con los hechos, en *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento*, cit., p. 272. Y, en particular, con referencia a la fijación de los hechos en el procedimiento judicial: «el juez que exhorta al testigo a que diga la verdad y nada más que la verdad, no le exhorta a decir lo que considera útil, sea para sí mismo, sea para alguien más...». El juez no dice al testigo «lo que queremos de usted es que no incurra en contradicciones», que es lo que debería decir si creyese en la teoría de la coherencia. En otras palabras, no cabe duda de que es la correspondencia el sentido ordinario de "verdad" tal como se emplea en el juzgado», *Conocimiento objetivo. Un enfoque evolucionista* (1972), trad. C. Solís, Madrid, Tecnos, 1974, p. 286.

⁶⁶ Así, G. UBERTIS estima que «si lo que se busca a través del proceso es... una reconstrucción de los hechos lo más aproximada posible a la realidad, entonces la teoría semántica de la verdad resulta ser la teoría de la verdad más adecuada también en el ámbito judicial», «La ricerca della verità giudiciale», en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, cit., pp. 10-11. También M. TARUFFO, subraya la *contextualidad* de la noción de verdad (contextos distintos tienen distintas peculiaridades y exigencias): una de las razones que apoyan la concepción de la verdad como correspondencia es que «la administración de justicia tiene que ver con fenómenos del mundo real... lo que exige suponer la posibilidad de una correspondencia entre la comprobación judicial de los hechos y los eventos del mundo real a los que la decisión se refiere», *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 146-147. Y, también en relación con el proceso penal, W. HASSEMER entiende que el conocimiento de los hechos, tal y como existieron, es un objetivo irrenunciable de la justicia, *Fundamentos del Derecho penal*, trad. y notas de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Barcelona, Bosch, 1984, p. 182.

“tengan éxito” o que sean “aceptadas”, ni siquiera unánimemente, sino que es necesario que sus presupuestos fácticos sean verdaderos en el sentido de la correspondencia con los hechos⁶⁷. Y, en segundo término, porque la concepción de la verdad como correspondencia es la única que se acomoda a una actitud epistemológica no dogmática, pues, a diferencia de las concepciones alternativas, que no permiten pensar que una hipótesis coherente o cuya aceptación esté justificada sea falsa, ésta permite pensarlo; y en concreto, «permite sostener la hipótesis de que un imputado podría ser inocente (o culpable) aunque tal hipótesis haya sido rechazada en todas las instancias de un proceso y esté en contraste con todas las pruebas disponibles»⁶⁸.

El concepto de verdad como correspondencia goza de una larguísima tradición. Está presente ya en ARISTÓTELES cuando establece que «falso es, en efecto, decir que lo que es, no es, y que lo que no es, es; verdadero, que lo que es, es, y lo que no es, no es»⁶⁹; y después recibirá el nombre de “verdad como adecuación” o “como correspondencia”, con la formulación clásica “*veritas est adaequatio rei et intellectus*”. La teoría de la verdad como correspondencia ha sido defendida y estudiada por algunos filósofos analíticos, como RUSSELL⁷⁰ y WITTGENSTEIN⁷¹, y también por AUSTIN⁷², pero quizás la reelaboración más depurada se halle en la “concepción semántica de la verdad” de Alfred TARSKI⁷³.

⁶⁷ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 68.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 67. En el mismo sentido, C. ALCHOURRON y E. BULYGIN: si se adopta la teoría de la verdad como correspondencia, una sentencia «puede ser criticada como errónea. Tiene perfecto sentido decir que la decisión de un tribunal (aún de última instancia) está equivocada, aunque tal crítica es externa al proceso judicial», «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», cit., p. 312.

⁶⁹ ARISTÓTELES, *Metafísica*, introducción, traducción y notas de T. Calvo Martínez, Madrid, Gredos, 1994, IV, 7, 1011 b, 26-28, p. 198.

⁷⁰ Por ejemplo, B. RUSSELL, «La filosofía del atomismo lógico» (1918), en J. MUGUERZA (coord.), *La concepción analítica de la filosofía*, cit., pp. 139 ss.; e *Investigación sobre el significado y la verdad* (1940), trad. P. Rovira Armengol, Buenos Aires, Losada, 1946.

⁷¹ Nos referimos al WITTGENSTEIN del atomismo lógico, al del *Tractatus Logico-Philosophicus* (1922), cit. Para WITTGENSTEIN, la disposición de las palabras en una proposición atómica verdadera reflejaría la disposición de los hechos en el mundo; la “correspondencia” consiste en ese isomorfismo estructural. Vid. S. HAACK, *Filosofía de las lógicas*, cit., p. 113.

⁷² Frente a la idea ingenuamente realista del atomismo lógico que presupone una adecuación estructural entre el lenguaje y el mundo, J. L. AUSTIN proporciona una explicación más satisfactoria de la relación de correspondencia. La relación de correspondencia no se explica en términos de una identidad estructural entre proposición y hechos, sino en términos de una relación convencional entre las palabras y el mundo. Nótese, “convencional”: cualquier palabra puede correlacionar cualquier situación, porque la correlación no depende del isomorfismo entre las palabras y el mundo, sino de las convenciones lingüísticas. Vid. J. L. AUSTIN, «Truth» (1950), en J. L. AUSTIN, *Ensayos filosóficos* (1961), J. O. Urmson y G. J. Warnock (comps.), trad. de A. García Suárez, Madrid, Revista de Occidente, 1975.

⁷³ La formulación detallada de la teoría de A. TARSKI se encuentra en «The Concept of Truth in Formalized Languages» (1931), ahora en *Logics, Semantics and Metamathematics*, trad. inglesa de Woodger, Oxford, Clarendon Press, 1956; pero una buena introducción a la misma

Según TARSKI cualquier definición de la verdad tiene que ser formalmente correcta y materialmente adecuada. Lo primero (corrección formal) significa que la definición de la verdad tiene que formularse en un metalenguaje formalizado, pues sólo así podrán evitarse paradojas como la del “mentiroso”, que tienen su causa en la ambigüedad del lenguaje común; “es verdadero” y “es falso” son expresiones metalingüísticas que versan sobre expresiones de un lenguaje de orden inferior. Lo segundo (adecuación material) se ve cumplido proporcionando una definición de la verdad que “haga justicia” a la noción intuitiva de la verdad como correspondencia; es decir, reformulando la concepción aristotélica clásica: «una oración es verdadera si designa un estado de cosas existente»⁷⁴. En concreto, una definición de la verdad que sea materialmente adecuada debe tener como consecuencia todas las instancias del esquema:

(V) S es verdadera sii *p*,

donde *p* designa una oración y S designa el nombre de esa oración; es decir, “*p*” es verdadera si y sólo si *p*⁷⁵.

Pese a que con cierta frecuencia se ha interpretado el esquema (V) ofrecido por TARSKI como una definición de la verdad como correspondencia, debe observarse que éste es tan sólo una condición de adecuación material de cualquier definición de la verdad que quiera presentarse como aceptable, y no una genuina definición de la verdad; a lo que habría que añadir, además, que el esquema (V) no caracteriza a la teoría de la correspondencia como la única correcta⁷⁶. Con todo, la caracterización de la concepción semántica como una nueva versión de la verdad como correspondencia no es en absoluto descabellada, pues lo cierto es que a partir de este esquema TARSKI ofrece una definición de la verdad (de las oraciones) en términos de “satisfacción”, y entiende la satisfacción como una relación entre oraciones abiertas y secuencias de objetos (del mundo real), de manera que la definición puede considerarse, sin esfuerzo, una rehabilitación de la teoría de la correspondencia⁷⁷.

se halla en «La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica» (1944), en M. BUNGE (ed.), *Antología semántica*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1960, pp. 111-157.

⁷⁴ «La concepción semántica de la verdad...», cit., p. 114.

⁷⁵ La oración “la nieve es blanca” es verdadera si, y sólo si, la nieve es blanca es el conocido ejemplo de A. TARSKI.

⁷⁶ Podemos aceptar la concepción semántica de la verdad —afirma TARSKI— «sin abandonar ninguna actitud gnoseológica que podamos haber tenido; seguimos siendo realistas ingenuos, realistas críticos o idealistas, empiristas o metafísicos: lo que hayamos sido antes. La concepción semántica es completamente neutral respecto de todas esas posiciones», *Ibidem*, p. 143.

⁷⁷ Desde luego, hay rasgos en la teoría de la verdad de TARSKI que evocan inequívocamente las teorías de la verdad como correspondencia; obsérvese a este respecto el paralelismo entre su noción de “satisfacción” y el sentido que RUSSELL, WITTGENSTEIN y AUSTIN dan al término “corresponde”. No obstante, hay quien encuentra dificultades para concebir la teoría de la verdad

Gozando el concepto correspondencial de verdad de tan larga tradición, y siendo el que más se adecua al uso común de la expresión “enunciados verdaderos”, resulta llamativo el intento de suplantarlos por los de coherencia y aceptabilidad justificada. Como ya se indicó, tal vez haya sido la crisis de las epistemologías de corte empirista la que ha dado razones suficientes para renunciar a él. Con todo, pensar que esta crisis aboca necesariamente al abandono de la verdad como correspondencia obedecería más bien a que no se ha distinguido suficientemente entre *definición* de verdad y *criterios* para poder afirmarla⁷⁸.

La *definición* o *concepto* de verdad establece lo que significa afirmar que una oración es verdadera, pero no dice nada sobre las condiciones en que puede afirmarse esa oración; o sea, sobre los criterios de verdad. En cambio, los *criterios* de verdad son las condiciones que permiten afirmar una oración como verdadera; proporcionan, por tanto, los “tests” que ha de superar una oración para poder decir de ella que es verdadera. A la vista de esta distinción cabe formular algunas observaciones.

En primer lugar, no todas las teorías de la verdad proporcionan una definición de ésta y al mismo tiempo los criterios para poder afirmarla. Algunas veces es así, pero otras nos encontramos ante teorías de la verdad únicamente “definicionales” o “criteriales”. TARSKI, por ejemplo, rehúsa proporcionar un criterio de verdad, mientras que, también a título de ejemplo, NEURATH, RESCHER y, en el plano jurídico, MACCORMICK, parecen proponer la coherencia como un test de verdad pero no como una definición.

En segundo término, una cuestión epistemológicamente más importante es la de si una concreta definición de verdad lleva necesariamente conectados unos determinados criterios o si, por el contrario, definición y criterios son cuestiones independientes. En principio, y salvo que se identifique deliberadamente definición y criterios —como es el caso de las teorías pragmatistas y de algunas concepciones de la coherencia—, parece que se trata de dos cuestiones “teóricamente” independientes. La búsqueda de una definición de la verdad es una cuestión ligada, en todo caso, a las concepciones del mundo. Así, la teoría de la correspondencia requiere una ideología mínimamente “realista”, una creencia en la existencia de un mundo objetivo,

de TARSKI como una nueva versión de las mismas. Vid. sobre el particular S. HAACK, *Filosofía de las lógicas*, cit., pp. 132 ss.

⁷⁸ La distinción entre definiciones y criterios de verdad está presente, por ejemplo, en N. RESCHER, *The Coherence Theory of Truth*, cit., cap. 2; B. RUSSELL, «James's conception of truth» (1908), trad. ital. «Il concetto di verità in W. James», *Filosofía e scienza*, Roma, Newton Compton, 1972, pp. 141 ss.; J. L. MACKIE, *Truth, Probability and Paradox*, Oxford University Press, 1973, cap. 1; y S. HAACK, *Filosofía de las lógicas*, cit., cap. 7.

independiente del sujeto cognoscente, que es lo que hace verdaderas nuestras creencias⁷⁹; mientras que la teoría de la coherencia requeriría, a lo sumo, una ideología “idealista”⁸⁰. La búsqueda de los criterios de verdad, en cambio, es una cuestión epistemológica que hace referencia al modo en que adquirimos y contrastamos nuestro conocimiento del mundo⁸¹.

Una cuestión epistemológica distinta, pero que a veces se ha conectado con ésta, es la del grado de fiabilidad de los distintos criterios; es decir, la de cuáles son los criterios *garantizadores* (infalibles) y cuáles los *autorizadores* (falibles)⁸². Entiende N. RESCHER que para que un criterio sea infalible (garantizador) debe coincidir con la definición de verdad a la que sirva⁸³. Pero —cabría preguntar— puesto que cualquier definición de verdad puede proporcionar un criterio infalible (el coincidente con la propia definición), ¿por qué entonces no usar siempre un criterio garantizador?; ¿por qué no utilizar siempre el criterio que coincida con la definición de verdad que usemos? A mi juicio, esto es así por la simple razón de que no siempre se puede identificar definición y criterio. Si distinguiéramos entre definiciones “internacionalistas” —las que establecen que lo que hace verdadero un enunciado son las razones que tengamos para creer en su verdad (por ejemplo, la aceptabilidad justificada y algunas versiones de la coherencia)— y definiciones “externalistas” —las que establecen que lo que hace verdadero un enunciado es distinto de (o externo a) las razones que ten-

⁷⁹ Por ello, las concepciones correspondencialistas de la verdad, como las sostenidas por el primer positivismo lógico, participan —con mayores o menores vacilaciones— de un cierto realismo ontológico. Vid., por ejemplo, L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, cit.; B. RUSSELL, «La filosofía del atomismo lógico», cit., e *Investigación sobre el significado y la verdad*, cit.; M. SCHLICK, «Positivism and realism», en A. J. AYER (COORD.), *El positivismo lógico*, cit.; e incluso K. POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, cit., pp. 272 ss., y *Conocimiento objetivo*, cit., pp. 279 ss.

⁸⁰ Por ejemplo, parece plausible pensar que, desde su idealismo, desde el presupuesto de que el mundo tiene en sí mismo una estructura coherente, R. BRADLEY mantiene que el concepto de verdad es la coherencia, el “sistema”; *Essays on truth and reality*, cit.

⁸¹ No obstante, incluso quienes, como N. MACCORMICK, proponen para el discurso judicial la “coherencia narrativa” como criterio de verdad, afirman que «ello probablemente comporta una presuposición trascendental, según la cual existe un mundo nouménico que está ordenado de manera perfectamente inteligible, y que el mundo fenoménico replica perfectamente la estructura inteligible del mundo nouménico», «La congruenza nella giustificazione giuridica», cit., p. 129.

⁸² N. RESCHER, *The coherence theory of truth*, cit., caps. 1 y 2.

⁸³ Y análogamente, B. BLANSHARD, *The nature of thought*, London, Allen y Unwin, 1939, sostiene (p. 268) que si la coherencia debe ser un test fiable de la verdad ha de serlo porque constituye también el significado de la verdad; tomo la referencia de S. HAACK, *Filosofía de las lógicas*, cit., p. 110. Y, como se señaló en nota 80, también BRADLEY (*Essays on truth and reality*, cit.), pese a que aparentemente concede un voto de confianza a la correspondencia como definición de la verdad, parece que en el fondo hace de la coherencia no sólo el criterio de la verdad, sino también la definición de la misma: la confianza que deposita en el criterio de la coherencia sólo se explica por su tesis (idealista) de que la realidad es un todo coherente, lo cual le llevaría a asumir la coherencia como definición de verdad.

gamos para creer en su verdad (por ejemplo, la correspondencia)—, podríamos decir que sólo cuando nos hallamos ante una definición internalista se puede llevar a cabo una identificación estricta entre definición de verdad y criterio para fijarla. En los demás casos, aun cuando podamos operar con una supuesta identificación entre definición y criterios, ésta será meramente aparente, porque, dada la “externalidad” del criterio, será siempre necesario “otro” criterio distinto del anterior que permita fijar éste⁸⁴. Por ejemplo, si definimos la verdad en términos de correspondencia y adoptamos al mismo tiempo la correspondencia como criterio de verdad, podremos decir —esto es obvio— que cuando un enunciado “p” se corresponda con los hechos será infaliblemente verdadero; pero previamente habrá que haber definido la expresión “se corresponde con” y comprobado que “p” efectivamente se corresponde con (lo que sea); o si se quiere, para ver si “p” se corresponde con los hechos hay que usar otro criterio, por ejemplo, la contrastación empírica o incluso la coherencia.

Por último, y en consonancia con lo anterior, si se distingue entre definición de verdad y criterios para afirmarla, no existe en principio ninguna incompatibilidad en usar un concepto de verdad como correspondencia y echar mano eventualmente de la coherencia, la aceptabilidad o la simplicidad como criterios de verdad⁸⁵. Ahora bien, que haya una independencia “conceptual” y “teórica” entre la definición y los criterios de la verdad no creo que autorice a afirmar también la independencia “práctica” entre ellos. Determinadas definiciones de verdad propician la elección de unos criterios antes que otros; y determinados criterios serán más afines a determinadas definiciones de verdad que a otras. En particular, si se usa un concepto de verdad como correspondencia, el principal criterio de verdad de los enunciados ha de ser la *contrastación empírica*, lo que significa que la verdad de los enunciados que registran experiencias inmediatas se obtendrá por observación y la verdad del resto de los enunciados tendrá que comprobarse por medio de sus relaciones lógicas con éstos. Lo cual no

⁸⁴ Distinta es la respuesta que da S. HAACK (*Filosofía de las lógicas*, cit., p. 111) a este interrogante. Sostiene la autora que esto sucede porque «si deseamos averiguar si se da x, querriamos, en el mejor de los casos, un indicador fiable de la presencia de x que sea *más fácil de descubrir si se da que el mismo x*». En mi opinión, no es éste un asunto de mayor o menor facilidad para descubrir la verdad; creo más bien que esto sucede porque se trata de criterios que, por designar relaciones independientes de nuestras razones para creer, necesitan de otros criterios para determinar que se dan esas relaciones.

⁸⁵ Vid. N. RESCHER, *The coherence Theory of Truth*, cit., pp. 27 ss. Éste es un empeño central en la obra de L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., esp. pp. 64 ss., si bien lo hace formulando una reinterpretación “empirista” de estos criterios. Y también A. PECZENIK apunta esta “salida” al conflicto entre las diferentes teorías de la verdad: se puede «aceptar la teoría de la correspondencia. Una proposición, p, es verdadera si y sólo si los hechos son los que p describe. Éste es el significado del concepto de verdad. Pero no conociendo los hechos, se pueden usar varios criterios auxiliares... la coherencia, el consenso y la utilidad práctica», «Coherence, Truth and Rightness in the Law», cit., p. 308.

impide que pueda recurrirse, por ejemplo, a la coherencia como criterio subsidiario de verdad cuando, por las razones que sea, el criterio principal se muestre insuficiente o inseguro; pero sólo como criterio “subsidiario” del principal de la contrastación empírica.

En resumen, en un modelo cognoscitivista, la idea de verdad de la declaración de hechos de la sentencia es la de correspondencia con la realidad, y no la de aceptación justificada ni la de coherencia del conjunto de los enunciados. Esto último puede servir como criterio subsidiario que ayude a determinar la verdad de los enunciados sobre hechos —por ejemplo, si el relato no es coherente, seguramente no sean ciertos—, pero no es la verdad. Verdadero es sólo el enunciado sobre hechos que se corresponde con la realidad.

4) *QUAESTIO FACTI*: HECHOS EXTERNOS, HECHOS PSICOLÓGICOS Y JUICIOS DE VALOR EN LA FORMACIÓN DE LA PREMISA MENOR DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL

Como ya se dijo, los juristas suelen reconstruir el procedimiento judicial como un “silogismo práctico” en el que la premisa mayor es una norma que asigna una consecuencia jurídica (C) a un supuesto de hecho (H) y la premisa menor es el enunciado resultante de un razonamiento —la “calificación jurídica” de los hechos— según el cual los hechos enjuiciados y probados F constituyen un caso particular de H⁸⁶:

- (1) $H \rightarrow C$
- (2) $F \text{ es un caso de } H$
- (3) $F \rightarrow C$

No debe, pues, confundirse la calificación jurídica con la fijación de los hechos. Desde el punto de vista lógico, ésta es un *prius* de aquélla, pues la calificación, es decir, la valoración del supuesto de hecho concreto a efectos de su subsunción en una norma jurídica, comienza precisamente cuando ha sido fijado aquél.

Si fuera posible sostener que la calificación jurídica es un simple juicio empírico consistente en verificar que todas las notas distintivas de H (N1.N2...Nn) concurren en F, entonces podría sostenerse también que los enunciados del tipo (2) tienen naturaleza descriptiva:

⁸⁶ Recordemos que la hermenéutica ha señalado que la calificación jurídica de los hechos no sigue temporalmente, sino que acompaña, a la formación del enunciado sobre los hechos (*vid.*, K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., p. 273). Obviamente aquí esta cuestión, pues, a efectos de analizar los problemas de fijación de los hechos, no hay dificultad en asumir que, desde un punto de vista lógico, la calificación jurídica sigue a la formación del enunciado sobre los hechos.

$$\frac{N1.N2...Nn \rightarrow H}{F \rightarrow N1.N2...Nn}$$

F es un caso de H

Ahora bien, para que esto fuese así sería necesario que el supuesto de hecho legal (H) pudiera ser exhaustiva y precisamente definido en todas sus notas distintivas (N1.N2...Nn) y que éstas tuvieran un referente empírico claro, pues sólo así podría afirmarse mediante un juicio empírico que "en el caso concreto F concurren las notas N1.N2...Nn" y que, por tanto, "F es un caso de H"⁸⁷. No parece, sin embargo, que esta exhaustiva y precisa definición sea factible en la práctica en todos los supuestos a los que el Derecho atribuye relevancia. Ante todo, por la vaguedad y ambigüedad que padece irremediamente el lenguaje legal por cuanto lenguaje ordinario, incluso cuando pretende describir hechos del mundo exterior. Pero, además, porque con frecuencia el supuesto de hecho de la norma incorpora intenciones, voluntades, conocimiento de cosas o juicios de valor, que resultan difíciles de definir con referentes empíricos precisos. Por eso, la calificación jurídica, aunque se apoye en un juicio empírico, forma más bien parte de un juicio normativo ulterior: se puede *verificar* que el sujeto A realizó determinada conducta, pero, en sentido estricto, no se *verifica*, sino que se *decide* (autorizadamente) que esa conducta y sus circunstancias objetivas y subjetivas deben encuadrarse en un supuesto de hecho que, muchas veces, además, no aparece literalmente descrito en un enunciado normativo, sino que es construido por el juez a partir de distintos enunciados. Ciertamente, esta operación de calificación jurídica puede resultar más o menos discrecional, y ello dependerá en gran medida de la configuración del supuesto de hecho legal (H), por lo que desde luego no es indiferente que éste se defina lo más precisa y unívocamente posible en función de referentes empíricos claros; pero, en sí misma, la operación tiene naturaleza normativa⁸⁸.

⁸⁷ Creo que ésta sería la posición de FERRAJOLI para el ámbito penal, según el cual, teóricamente, allí donde las definiciones legales que establecen el supuesto de hecho abstracto sean lo suficientemente precisas (principio de estricta legalidad o de taxatividad penal), la calificación jurídica de hechos empíricos exactamente determinados no requeriría ningún poder judicial de decisión, sino que sería «una aserción jurídica analíticamente verdadera... Por ejemplo, la implicación "si Ticio ha acuchillado a un hombre provocándole la muerte, entonces su acto es un homicidio a los efectos del art. 575 del Código Penal" es una tesis analítica verdadera conforme al significado previo de sus palabras descriptivas». En tal caso, la calificación jurídica (de verificación jurídica habla el autor), «se produce por definición, es decir, conforme a la regla de uso legal de la palabra "homicidio" que permite, gracias a su (relativa) precisión y univocidad, la sustitución de las palabras cointensas y coextensas que denotan el hecho en la premisa fáctica sin que ésta vea alterado su contenido informativo ni su valor de verdad», *Derecho y razón*, cit., p. 126.

⁸⁸ Recordando un conocido ejemplo de HART, la afirmación de que los patines forman

Distinto es el caso de la fijación o prueba de los hechos, que en el esquema cognoscitivista ha de concebirse, ahora sí, como un juicio empírico destinado a describir ciertos hechos: los enunciados sobre hechos (F) que después han de ser calificados jurídicamente tienen un *status* meramente fáctico o descriptivo, de manera que de ellos puede predicarse la verdad, si los hechos que describen han tenido lugar, o la falsedad, si los hechos descritos no han sucedido. Ahora bien, el carácter descriptivo de estos enunciados no puede presuponerse sin más, sino que también dependerá de la semántica del supuesto de hecho legal (H). Y a este respecto no es indiferente el tipo de "realidades" a las que el supuesto de hecho se refiere.

Las realidades con las que se configura el supuesto de hecho legal pueden ser de tres tipos: hechos externos, hechos internos o psicológicos y conceptos que han de ser llenados de contenido por el juez mediante juicios de valor⁸⁹.

1) Los hechos *externos* son acontecimientos que se producen en la realidad sensible⁹⁰, sea con la intervención humana (hechos externos *humanos*)⁹¹, sea sin la intervención humana (hechos externos *naturales*)⁹². A veces los hechos externos no aparecen definidos en términos puramente fácticos, sino «jurídicamente condicionados, lo que significa que están definidos en relación con el Derecho»⁹³; es decir, hay que recurrir a conceptos jurídicos para establecer su significado. Se trata entonces de los llamados "hechos institucionales o jurídicos". Así suce-

parte del concepto de vehículo, a los efectos de la norma que prohíbe la circulación de vehículos en un parque público, no es susceptible de verdad o falsedad. Con mucha mayor razón cuando el supuesto normativo se refiere directamente a juicios de valor; así, afirmar que una determinada palabra o conducta es blasfema u ofende los sentimientos religiosos constituye claramente una decisión basada en un juicio normativo.

⁸⁹ K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., pp. 277 ss., afirma, en este sentido, que la determinación de si el hecho enjuiciado presenta las notas distintivas del supuesto de hecho legal, puede hacerse, desde luego, 1.º mediante juicios basados en la percepción. Pero muchas veces no basta con esto y son necesarios también: 2.º juicios basados en la interpretación de la conducta humana (por ejemplo, en la interpretación de las declaraciones de voluntad, en especial las jurídico-negociales); 3.º otros juicios proporcionados por la experiencia social (por ejemplo, el juicio de que una cosa es "defectuosa" o que está "deteriorada"); y 4.º juicios de valor. Sobre la variedad de hechos que pueden ser objeto de comprobación judicial, *vid.* también J. WRÓBLEWSKI, «Los hechos en el derecho», inicialmente en *ARSP*, 2, 1973 y ahora en "Sentido" y "hecho" en el derecho, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 1989 y M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 67 ss.

⁹⁰ En definición de M. BUNGE, llamamos hecho a todo aquello de lo que se sepa o se suponga que pertenece a la realidad, *vid.* *La investigación científica*, trad. M. Sacristán, Barcelona, Ariel, 1985, p. 717.

⁹¹ Por ejemplo, la sustracción de un objeto, la agresión física a alguien, la presentación de un escrito en una institución, el acto de redactar un documento, etc.

⁹² Por ejemplo, la muerte (natural) o el nacimiento de una persona, la situación de una finca, la pérdida de una cosecha por sequía, etc.

⁹³ A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia* (1958), trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 211.

de cuando se establece determinado tratamiento jurídico para los casados, los propietarios, los menores de edad, etc., donde la fijación del hecho (estar casado, ser propietario, ser menor de edad) exige la realización de una previa calificación jurídica de hechos externos mediante otra norma del sistema⁹⁴.

2) Los hechos *internos o psicológicos* denotan los motivos, intenciones o finalidad de una conducta, o el conocimiento de un hecho por parte de alguien. Son —como afirma TARUFFO— hechos internos “a la esfera mental, cognoscitiva o emocional” de un sujeto⁹⁵.

3) Los hechos cuya constatación presupone un *juicio de valor* son cualificaciones de una conducta o de un estado de cosas que deben ser llenadas de contenido mediante juicios valorativos.

Por lo común, los hechos relevantes jurídicamente (los que definen las notas distintivas del supuesto de hecho y que constituyen el objeto de la prueba) son “hechos externos”, alteraciones producidas en el mundo de la realidad sensible; por ejemplo, “el que matare a otro”, “si la cosa queda destruida”, etc. Y desde luego si todos los hechos relevantes para la fijación de la premisa menor tuviesen un claro referente empírico, entonces no habría dificultad en afirmar el carácter descriptivo de la misma —salvo, naturalmente, que se adoptaran posiciones epistemológicas relativistas, como las mantenidas por el positivismo— y todos los problemas relativos a la fijación o prueba de los hechos se resumirían en dificultades de determinación de la verdad de los enunciados fácticos mediante juicios empíricos. Lo cual vale también para los hechos “jurídicamente condicionados” (por ejemplo, “estar casado”), que remiten a una comprobación de hechos externos descritos en otra norma.

Sin embargo, junto a estos hechos externos, el supuesto fáctico legal otorga a veces relevancia a otro género de hechos cuya comprobación ha de hacerse mediante una serie de —más o menos inseguras— pautas de interpretación de la conducta humana: se trata de los que suelen denominarse “hechos internos o psicológicos”; esto es, los que cualifican la voluntad de un individuo (si tuvo intención de realizar una conducta, si hubo ánimo de lucro, ánimo de engañar, etc.) o determinan su conocimiento acerca de un hecho (por ejemplo, si conocía el origen ilícito de los objetos en el delito de receptación). La presencia de hechos psicológicos es particularmente cierta en la sentencia penal, pues, dado que no existe delito sin culpa o dolo, resulta que esta dimensión interna o subjetiva ha de ser *siempre* constatada

⁹⁴ Los hechos “jurídicos” o “institucionales” son también *hechos*; es decir, no carecen de una base empírica o externa, extra-institucional: justamente porque los hechos institucionales se fijan estableciendo previamente la existencia de hechos externos e interpretándolos mediante conceptos jurídicos. *Vid.* al respecto, A. PECZENIK, *On law and reason*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer Academic Pub., 1989, p. 76.

⁹⁵ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 136.

como “hecho probado” para que la conducta enjuiciada pueda ser subsumida en el tipo penal. Pero la existencia de hechos psicológicos plantea una duda en el marco de un modelo cognoscitivista: la de si puede seguir manteniéndose el carácter meramente descriptivo de los enunciados sobre esos hechos.

La condición no-observable de los hechos psicológicos (intenciones, deseos, querer, conocimientos) ha llevado a considerarlos en la práctica forense como “juicios de valor” y no como auténticos hechos, siendo por ello revisables en casación como una forma de error “*iuris*”⁹⁶; es más, parece que la pretensión de esta asimilación ha sido precisamente “conducir” el juicio sobre estos hechos al ámbito de la casación, que de otro modo quedaría vedada al mismo⁹⁷. Esta forma de concebir la naturaleza de los hechos psicológicos resulta, sin embargo, mistificadora.

Que los hechos psicológicos sean internos o no-observables no significa que no sean auténticos hechos, y, por tanto, comprobables mediante juicios descriptivos⁹⁸. Significa tan sólo que, a diferencia de los hechos externos, que al menos en el momento en que se producen son directamente constatables, los hechos psicológicos son de más difícil averiguación, pues, por definición, requieren siempre ser descubiertos (o inferidos) a partir de otros hechos externos⁹⁹. Así, es razo-

⁹⁶ Ésta es la interpretación mantenida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que, al concebir los llamados hechos psicológicos como juicios de valor sobre intenciones y conocimientos, entiende que «no son estrictamente verdaderos hechos, pues no se trata de datos fácticos aprehensibles en la inmediación procesal del juicio por los sentidos de los jueces»; y, al no ser aprehensibles por los sentidos, no son objeto de prueba propiamente dicha, «y por ello quedan fuera de la garantía constitucional de la presunción de inocencia, en cuanto su desvirtuación exige una mínima actividad probatoria, aunque son revisables como una forma de error *iuris* del art. 849.1.º LECr», STS 482/1996, de 8 de julio. En el mismo sentido, SSTS 993/1993, de 26 de abril; 823/1995, de 26 de junio, y 572/1996, de 16 de septiembre.

⁹⁷ Ciertamente, la configuración de la prueba de los hechos psicológicos como un juicio de valor, parece obedecer no tanto a una idea clara y asumida sobre la naturaleza de estos hechos, cuanto a la necesidad de posibilitar su revisión en casación, que, de otro modo, se entiende vedada por el art. 849.2.º de la Ley Procesal, relativo a la casación por error en la apreciación de la prueba. *Vid.* L. BENEYTES MERINO, «Juicio de valor y jurisprudencia», en *Poder Judicial*, núm. 19, 1990.

⁹⁸ *Vid.*, en este sentido, P. ANDRÉS IBÁÑEZ, quien además entiende que el fin perseguido por el criterio comentado, «que en apariencia reforzaría las garantías de enjuiciamiento, impone un precio objetivamente intolerable desde el punto de vista epistemológico», pues supone que el elemento subjetivo de la acción resulta desplazado al ámbito de los juicios de valor, que el autor concibe como apreciaciones meramente subjetivas insusceptibles, por tanto, de conocimiento y de control racional, «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», cit., pp. 266 ss.

Sin embargo, esta concepción emotivista de los juicios de valor —a la AYER— resulta, en mi opinión, un tanto exagerada y en todo caso contradice cualquier intento de fundamentación racional de la sentencia, habida cuenta la presencia en ella (en muchos casos) de juicios de valor.

⁹⁹ «El hecho psicológico, oculto en el interior del hombre, únicamente puede probarse por hechos físicos... Tratándose de un hurto, la intención de apoderarse de la cosa y de usarla,

nable probar la voluntad negocial de un sujeto a partir de lo que el propio sujeto ha declarado o ha aceptado en las estipulaciones del contrato. Es razonable pensar que A provocó la muerte de B "intencionadamente" porque le asestó varias puñaladas en el corazón. Como también habría razones para pensar que su acción fue dolosa si lo mató después de haberlo amenazado de muerte en repetidas ocasiones y de haber preparado metódicamente un plan. Igualmente, en un delito de receptación, habría razones para pensar que el acusado conocía el origen ilícito de la mercancía que compraba si resulta probado que preguntó al vendedor si no sería robada y éste le contestó que lo mejor es que no supiera nada sobre su procedencia ¹⁰⁰.

Para ser más exactos, el conocimiento de hechos psicológicos es siempre un conocimiento indirecto a partir de otros hechos ¹⁰¹. Pero, como se verá en el epígrafe 6, también la mayor parte de los enunciados sobre hechos externos son el fruto de un conocimiento indirecto. La única diferencia entre ambos tipos de conocimiento de hechos reside en el grado de dificultad, pues, en principio, son más difíciles de acreditar las intenciones, conocimientos y elementos anímicos de los agentes que los hechos externos; y ello tal vez contribuya a que también el grado de certeza de los enunciados sobre hechos psicológicos sea tendencialmente menor que el de los enunciados sobre hechos externos. Sin embargo, hasta ese menor grado de certeza tolera un modelo cognoscitivista ¹⁰².

Pero en la premisa menor —o, si se quiere, como notas distintivas del supuesto de hecho legal— pueden aparecer también "juicios de valor"; es decir, es posible que la norma atribuya relevancia jurídica a un hecho no en sí mismo, sino en cuanto venga valorado de un cierto modo. Es evidente que en estos casos afirmar la existencia del hecho al que la norma atribuye relevancia jurídica supone en realidad realizar dos afirmaciones: de un lado, que el hecho en cuestión ha sucedido; de otro, que tiene un cierto valor según un apropiado criterio de valoración ¹⁰³.

junto a la conciencia de no tener ningún derecho sobre la cosa tomada: he aquí dos hechos psicológicos que se prueban, sea por las manifestaciones del individuo, sea por sus precauciones para huir o para ocultar el objeto robado, etc.», J. BENTHAM, *Tratado sobre las pruebas judiciales*, cit., vol. I, p. 27.

¹⁰⁰ Así en STS 482/1996, de 8 de julio.

¹⁰¹ Así lo señala expresamente U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, nueva edición a cargo de A. Pintore, Milano, 1985, p. 125.

¹⁰² Sobre este particular, una opinión matizada es la que expresa M. TARUFFO, quien estima «bastante discutible la idea de que... el juez compruebe la verdad o la existencia de un "hecho psíquico interno" del mismo modo en que comprueba presuntivamente un hecho material». Probablemente es más realista pensar —sigue diciendo el autor— que el hecho psíquico no es comprobado, sino «sustituido» por la constelación de indicios que se consideran típicamente equivalentes al mismo y que son los que representan el verdadero objeto de comprobación probatoria, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 142.

¹⁰³ Vid. J. WRÓBLEWSKI, «Los hechos en el derecho», cit.

La configuración legal de los hechos calificados por juicios de valor puede tener lugar de distintos modos ¹⁰⁴. A veces la norma determina directamente y con cierta precisión cuáles son los hechos o comportamientos sujetos a valoración; otras, en cambio, la base empírica de la valoración viene determinada de forma tan indirecta y vaga que podría decirse incluso que el supuesto de hecho legal (o sea, los hechos jurídicamente relevantes) se reduce a un juicio de valor.

De la primera clase es, por ejemplo, el art. 180.1.º del Código Penal español vigente, que, en el capítulo de las agresiones sexuales, prevé una agravación de la pena «cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio»; lo que significa que el juez, tras comprobar los hechos externo y psicológico de que se ha producido una agresión voluntaria, ha de *valorar* si la misma se produjo de forma "particularmente degradante o vejatoria". Y lo mismo sucede con los conceptos de "daños graves" o "administración correcta"; o con los de "buenas costumbres", "diligencia debida", "equidad", "temeridad", "deshonestidad", cuando aparecen como exigencias o límites de ciertas conductas.

De la segunda clase, esto es, premisa menor que se reduce a un juicio de valor, sería el art. 185 del mismo Código Penal: «El que ejecutare o hiciere ejecutar actos de exhibición obscena...». Nótese que aquí no hay ninguna referencia a hechos externos taxativamente determinados, ni siquiera por vía de ejemplo, por lo que en hipótesis cualquier conducta puede ser inculpada. Naturalmente es preciso que se haya producido un comportamiento externo ¹⁰⁵, pero su calificación de obsceno remite a un juicio de valor cuyo pronunciamiento agota prácticamente el contenido de la premisa menor.

Los juicios de valor no son descriptivos: los enunciados que los expresan no son susceptibles de verdad o falsedad y desde luego difícilmente puede decirse que son empíricamente contrastables; con lo cual, tales juicios rebajan o anulan el ideal verificacionista que preside la comprobación de los hechos y la formación de la premisa menor. Naturalmente ello es así si se parte de que no cabe hablar de un objetivismo (o de un "realismo ontológico") de los valores, pues en caso contrario el problema desaparecería: la presencia en el supuesto de hecho de juicios de valor no obstaculizaría el mantenimiento de un modelo cognoscitivista de conocimiento de hechos.

Si se asumiese que cabe hablar de un objetivismo de los valores no habría, en efecto, incongruencia en afirmar que un juicio de valor

¹⁰⁴ Vid. al respecto, M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 105 ss.

¹⁰⁵ Así, M. TARUFFO insiste en que «incluso las normas extremadamente abiertas en la determinación de los hechos... se refieren siempre a *hechos*... No es posible sancionar lo "obsceno" sin suponer, aunque sea indirectamente, que debe determinarse el hecho o comportamiento realmente producido (y, por tanto, probado en juicio) que se considera obsceno», *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 115.

pueda ser un juicio descriptivo y, por tanto, *conceptualmente* nada impediría atribuir carácter descriptivo a una proposición que contiene juicios de valor. Así, la proposición «la conducta de A ha sido obscena» sería verdadera si la conducta de A ha sido obscena, de acuerdo con el contenido objetivo y preciso que haya que dar a la obscenidad. Con todo, un objetivismo de los valores resulta difícil de asumir; y, en cualquier caso, aunque se concediera a esta posición el beneficio de la duda, los enunciados descriptivos que contuvieran juicios de valor presentarían un problema *práctico* importante en un modelo cognoscitivista: su veracidad no podría comprobarse empíricamente, sino que estaría en función de la «evidencia» del valor¹⁰⁶. Pero entonces abandonamos el más o menos seguro ámbito de los hechos y abrimos de nuevo el juicio de hecho al inseguro mundo de la evidencia de los valores.

Pero si difícil es aceptar un objetivismo de los valores, también lo es —al menos en los contextos jurídicos— admitir un subjetivismo axiológico extremo, a lo AYER¹⁰⁷, que llevase a considerar los valores como no susceptibles de control racional u objetivo¹⁰⁸; que considerase, en definitiva —como FERRAJOLI—, que el juicio de valor «es absolutamente inverificable e irrefutable y es más bien un acto de valoración basado en una opción subjetiva y meramente potestativa»¹⁰⁹. Tal vez resultase más aceptable una postura intermedia, una especie de objetivismo «relativo» como el que estima que los valores se objetivan en los contextos sociales y culturales en que se desarrollan, que son, pues, histórica y culturalmente cambiantes¹¹⁰ y que, en la mayoría de las ocasiones, los jueces no valoran (aprueban o desaprueban) sino que se limitan «a registrar las valoraciones del grupo social al que pertenecen»¹¹¹; o como el que entiende que «un juicio de valor se ha

¹⁰⁶ Por entender que la importancia teórico-científica de la observación «reside en su alto grado de intersubjetividad y no en el método para obtenerla», NEUMANN estima que también los juicios de valor pueden ser aceptados o rechazados en función de la *evidencia* del valor, «la cual comparte todas las características de la certeza de la observación», U. NEUMANN, «La teoría de la ciencia jurídica», en A. KAUFMANN y W. HASSEMER (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, edic. esp. de G. Robles, Madrid, Debate, 1992, p. 355 (subrayado añadido).

¹⁰⁷ Vid. A. J. AYER, *Lenguaje, verdad y lógica*, trad. de M. Suárez, Barcelona, Martínez Roca, 1971, pp. 124 y 5.

¹⁰⁸ Sobre ello llama la atención M. ATIENZA, «Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez», *Jueces para la democracia*, 22 (1994), p. 84.

¹⁰⁹ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 123. En el mismo sentido, N. BOBBIO recuerda cómo los lógicos modernos han puesto de manifiesto que «para probar un juicio de valor no se puede recurrir ni a la demostración lógica ni a la verificación empírica, sino sólo a argumentos de carácter sugestivo», N. BOBBIO, «Sul ragionamento dei giuristi», inicialmente en *Rivista di diritto civile*, 1955, y ahora en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, cit., vol. II, p. 166.

¹¹⁰ Vid., por ejemplo, G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., espec., pp. 137 ss.

¹¹¹ C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», cit., p. 316. Distinguen los autores entre dos usos del término «valorar»: un uso primario, según

de tratar no como una proposición psicológica, sino como un juicio de valor relativizado a algún sistema axiológico imputado a un legislador racional»¹¹². Aunque entonces, por más que la objetividad de los valores remita a un cierto «consenso» en la comunidad (social y cultural) en que el valor se refleje o al sistema axiológico de un preconstituido legislador racional, habrá que convenir en que es el juez quien interpreta en todo caso el contenido del valor, por lo que sus operaciones en este aspecto no resultan muy diferentes de las que realiza al interpretar una norma o al calificar los hechos; con la particularidad, además, de que los términos de valor son tendencialmente muy vagos y, por tanto, los enunciados sobre los mismos pueden comportar decisiones muy discrecionales o potestativas¹¹³.

Y es que, en realidad, cuando en la determinación del supuesto de hecho están presentes juicios de valor, lo que hay más bien es un doble proceso de calificación jurídica: uno primero que obliga a calificar como degradantes, vejatorios u obscenos ciertos hechos previamente fijados, donde el juicio resulta notablemente *discrecional*; y uno segundo, ya más reglado, que califica como delito a lo previamente considerado perverso o inmoral¹¹⁴. Brevemente: cuando en el supuesto

el cual valorar significa hacer juicios de valor que implican aprobación o desaprobación de una conducta; y un uso secundario consistente no en expresar valoraciones, sino proposiciones fácticas, en «registrar que la cosa declarada buena tiene ciertas propiedades que son usadas como criterios de «bondad»». Este uso secundario es el que hacen los jueces en la mayoría de los casos.

Asimismo E. FASSONE: cuando en el supuesto de hecho legal existen juicios de valor, «el juez es llamado a ser intérprete de un sentir común en torno a ciertos valores. Las sentencias, que son objetivamente difíciles de motivar en estos puntos, devienen en su conjunto un interesante signo de la sensibilidad colectiva», «Quaestio facti», *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, cit., p. 320.

¹¹² J. WRÓBLEWSKI, «Los hechos en el derecho», cit., p. 197, quien precisa aún que el juicio de valor ha de entenderse entonces «como sinónimo de la expresión «el hecho F tiene el valor V de acuerdo con el sistema axiológico AS», donde AS se imputa al preconstituido legislador racional y/o es compartido por el juez que toma la decisión», p. 197.

¹¹³ Por ello, frente a la afirmación de L. FERRAJOLI de que los juicios de valor son «indecidibles», M. JORI puntualiza que no se trata de un problema de indecidibilidad y subjetivismo irreductible, sino de «vaguedad» y «discrecionalidad interpretativa»; vaguedad y discrecionalidad que pueden reducirse «si el valor es adecuadamente interpretado por referencia a parámetros relativamente determinados», «La cicla e la formica», en *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, L. GIANFORMAGGIO (ed.), cit., p. 79.

En un sentido parecido, C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN entienden que «los criterios valorativos usados por el grupo social —que el juez registra— ... probablemente son siempre más vagos que los criterios de aplicación de predicados no valorativos como matar...», «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», cit., p. 316.

Sobre el gran poder discrecional del juez en la aplicación de las normas que contienen estándares o criterios de valor, M. TARUFFO, «La giustificazione delle decisioni fondate su standards», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, cit., vol. II, pp. 311 ss. y bibliografía allí citada.

¹¹⁴ En consonancia con su confesado anti-cognoscitivismo de los valores, J. WRÓBLEWSKI estima que el enunciado sobre la existencia de un hecho determinado valorativamente, «primero, establece la existencia del objeto de valoración y, segundo, lo valora»; y después —hay que suponer— tiene lugar la calificación jurídica en sentido estricto. Precisamente por ello —señala

de hecho legal se incluyen juicios de valor, la fijación de los hechos valorativamente cualificados se confunde con la propia calificación jurídica.

En resumen, la presencia en el supuesto de hecho legal de hechos psicológicos y conceptos que han de ser integrados con juicios de valor, y la subsiguiente necesidad de constatar si tales datos concurren en el caso concreto, plantea dudas acerca de si la operación judicial de fijación de los hechos puede ser concebida como meramente fáctica o descriptiva o si más bien ha de serlo como una operación valorativa o normativa. Nuestra conclusión ha sido que, por más que ciertas interpretaciones vean en los juicios sobre hechos psicológicos una clase de juicios de valor, esta asimilación debe ser deshecha. Los hechos psicológicos son hechos y no valores; y, por tanto, los enunciados que los describen pueden ser verdaderos o falsos, aun cuando la determinación de su verdad o falsedad pueda resultar, en la práctica, más complicada que cuando de hechos externos se trata. Pero no cabe decir lo mismo de los juicios de valor, pues, salvo que se acepte un objetivismo extremo, éstos se confunden con la calificación jurídica (y, por tanto, normativa o valorativa) de los hechos.

Teniendo en cuenta lo anterior, del paradigma cognoscitivista de fijación de los hechos deriva una exigencia para el Derecho sustantivo: evitar, en la medida posible, la presencia de juicios de valor en el supuesto de hecho de las normas, procurando que las notas que lo configuran tengan un referente empírico claro. Lo cual puede expresarse a través de la siguiente regla epistemológica:

(i) En la formulación legal del supuesto de hecho sólo deben admitirse enunciados fácticos empíricamente contrastables, esto es, enunciados de los que quepa comprobar su verdad (en el sentido de correspondencia con la realidad) mediante contrastación empírica (directa o indirectamente).

Con todo, como esto no siempre es así, hay que admitir que cuando entran en juego juicios de valor el juez ejerce una función valorativa o discrecional importante en la fijación de la premisa menor¹¹⁵. Por ello, en estos casos —pero también en la fijación de hechos psicológicos, aunque aquí por su especial dificultad de conocimiento— se impone con más fuerza que en otros una esmerada motivación que explice y justifique las decisiones valorativas adoptadas.

en otro momento el autor— «los hechos descriptivamente determinados, cuya existencia se formula en proposiciones, son objeto de *quaestiones facti*. Todos los demás hechos son referidos en las *quaestiones iuris*, «Los hechos en el derecho», cit., pp. 196 y 202.

¹¹⁵ Precisamente por ello, K. LARENZ entiende que en estos casos habría que hablar no de «subsunción» de los hechos concretos en el supuesto de hecho de la norma, sino de «integración valorativa» de los mismos, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., p. 269.

5) LA PRUEBA DE LOS HECHOS. TERMINOLOGÍA SOBRE LA PRUEBA

Hasta aquí hemos hablado de la *prueba* de los hechos como si se tratase de un concepto preciso y unívoco, y la hemos identificado, *grosso modo*, con la fijación de los hechos relevantes para la decisión judicial. Esta forma de hablar, sin embargo, no es del todo exacta, pues el objeto de la prueba no son hechos, sino enunciados sobre hechos¹¹⁶. Afirmar que un enunciado fáctico está probado, o que constituye una prueba, significa que ha sido verificada, que su verdad ha sido comprobada; de manera que la expresión «probar un hecho» no es más que una elipsis, una forma de decir probar la hipótesis de que los hechos han sucedido.

El término «prueba» es polisémico, pues se usa para hacer referencia a cuestiones diferentes. Además, dentro de las distintas acepciones del término funcionan, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, algunas distinciones que no siempre son usadas en el mismo sentido, de manera que el resultado final es un enorme «caos terminológico» donde reina la incoherencia¹¹⁷. En lo que sigue vamos a analizar algunas de estas distinciones y a proponer la terminología que parece más significativa y adecuada en el marco de un modelo cognoscitivista; es decir, teniendo en cuenta que el principal criterio de verdad es la contrastación empírica.

1.º Primera distinción. Contexto de descubrimiento-contexto de justificación: *medios de prueba, procedimientos probatorios y pruebas* en sentido estricto.

La prueba de los enunciados asertivos puede analizarse en el contexto de descubrimiento o en el contexto de justificación, y en cada

¹¹⁶ Aunque cómodo, resulta absolutamente incorrecto hablar de «prueba de un hecho», pues un hecho no se puede probar *a posteriori*, sino que sólo se lo puede *constatar* cuando acaece. Lo que se prueban son enunciados asertivos, es decir, proposiciones. Por eso, lo correcto sería hablar de «prueba de la verdad de la afirmación de la existencia de un hecho», G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 91 y 92. En el mismo sentido TARUFFO, *La prova dei fatti...*, cit., pp. 91 ss.

¹¹⁷ Que el término «prueba» es polisémico es un punto de partida en los estudios sobre el tema. Así, J. WRÓBLEWSKI, «La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación», inicialmente en Ch. PERELMAN y P. FORTIERS (eds.), *La preuve en droit*, cit.; ahora en J. WRÓBLEWSKI, «Sentido» y «hecho» en el derecho, cit., p. 173. Sobre la extrema ambigüedad del término «prueba» y, en general, de todos los que conforman el (incoherente) léxico de las pruebas, vid. L. P. COMOGLIO, «Lessico delle prove e modello accusatorio», en *Rivista di diritto processuale*, año L, núm. 4 (1995), pp. 1201 ss.

La propia doctrina es consciente del enorme problema que supone este «caos terminológico»: «se viene hablando de elementos, fuentes, medios, materia, tema, resultado, argumentos, razones, fundamentos, etc., y cada autor da a cada una de esas palabras un sentido diverso, de modo que al final es imposible entenderse, pues pareciera como si se estuviera hablando en idiomas diferentes», J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1996, p. 83.

caso el término "prueba" se usa en un sentido diferente. En el primero (contexto de descubrimiento), la prueba hace referencia al *iter* que conduce a la *formulación de enunciados asertivos* como verdaderos (o al proceso de verificación de enunciados asertivos previamente formulados); por tanto, al descubrimiento o conocimiento de los hechos que hacen verdaderos a esos enunciados¹¹⁸: probar un enunciado sobre hechos significa aquí *conocer* los hechos que lo hacen verdadero. En el segundo (contexto de justificación), la prueba hace referencia a la *justificación de esos enunciados*; es decir, a las razones que permiten mantener que esos enunciados son verdaderos: probar un enunciado sobre hechos significa aquí justificarlo. En suma, el término "prueba" se usa tanto en el sentido de que se conocen o descubren los hechos (o *se formulan o verifican los enunciados* que los describen) cuanto en el sentido de que *se justifican los enunciados* sobre hechos.

Ahora bien, en el vocabulario jurídico-procesal, el término "prueba" es doblemente polisémico, pues, además de la ambigüedad referida a sus distintos contextos de uso (descubrimiento y justificación), éste puede aludir aún a distintos aspectos del fenómeno probatorio: en concreto, a los medios de prueba, al procedimiento probatorio o a los resultados del mismo¹¹⁹.

a) "Prueba" como *medios de prueba*. Esta acepción del término denota todo aquello que permite conocer los hechos relevantes de la causa; es decir, lo que *permite formular o verificar* enunciados asertivos que sirven para reconstruir esos hechos¹²⁰. Los medios de prueba

¹¹⁸ Y ello tanto si esos enunciados desempeñan la función de *controlar* (según el modelo de *trial and error*) las hipótesis ya formuladas sobre los hechos relevantes para la decisión, como si desempeñan la función (heurística) de *construir* hipótesis nuevas y distintas sobre esos hechos; M. TARUFFO hace esta distinción y señala que «es la combinación dinámica del control y del descubrimiento... lo que constituye la estructura fundamental del procedimiento que concluye con la formulación de la decisión», *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 418.

¹¹⁹ Aunque no siempre se usan los términos con precisión, la distinción entre *actividad* que se realiza, *resultado* de dicha actividad y *medio* a través del cual se consigue ese resultado goza de un amplio consenso. *Vid.*, por ejemplo, para la doctrina española, J. ALMAGRO y otros, *Derecho procesal*, t. I (vol. I), *Parte General, Proceso Civil* (1), cit., p. 373; para la doctrina italiana, M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 421 ss.; para la doctrina alemana, L. ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. A. Romera Vera, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, t. II, p. 200.

¹²⁰ Las definiciones de los medios de prueba suelen ser del mismo tenor que la del texto: medios de prueba «son todos los elementos que pueden servir para producir el convencimiento judicial», A. ROMERO COLOMA, *Estudios de la prueba procesal*, Madrid, Colex, 1986, p. 39; o «los instrumentos que permiten al juez la apreciación del objeto de la prueba», V. CORTÉS, en J. ALMAGRO y otros, *Derecho procesal*, t. I (vol. I), *Parte General, Proceso Civil*, cit., p. 376; o «lo que sirve, o puede servir, para confirmar o refutar una aseeración relativa a un hecho de la causa», M. TARUFFO, *op. cit.* en nota anterior, p. 421.

Ello no obstante, a veces se distingue también entre las *fuentes* de prueba y los *medios* de prueba. «La distinción arranca de la constatación de que en el proceso se realiza una actividad de verificación, y de que para que ésta sea posible tiene que existir algo (la fuente de prueba) con lo que verificar... El medio de prueba es así esencialmente actividad, actuación procesal

desempeñan así una *función cognoscitiva* de los hechos que se pretenden probar. Constituyen pruebas, en este sentido, la declaración de los testigos, la aportación de documentos, los informes periciales, el reconocimiento judicial, etc.

b) "Prueba" como *resultado probatorio*. Es el resultado que se obtiene a partir de los medios de prueba; el conocimiento ya obtenido del hecho controvertido o el *enunciado fáctico verificado* que lo describe.

Las pruebas, en este segundo sentido, desempeñan una *función justificatoria*, pues son elementos para elegir racionalmente entre las diversas aseeraciones formuladas en el proceso, confirmándolas o refutándolas¹²¹. Así, son pruebas los enunciados "había un arma en el domicilio del acusado", "A amenazó a B en repetidas ocasiones", "A preparó un plan para matar a B", "C pagó una cantidad X de dinero a D", "E conocía el estado financiero de su empresa", etc.

c) "Prueba" como *procedimiento probatorio* que conecta los dos sentidos anteriores del término: los medios de prueba y la aseeración (verificada) sobre el hecho¹²². El término "prueba" en la acepción que comentamos es el procedimiento intelectual (una constatación o una inferencia) mediante el cual, a partir de los medios de prueba, se conocen hechos relevantes para la decisión; es decir, se formulan o verifican enunciados asertivos sobre esos hechos.

El procedimiento probatorio desempeña una *función cognoscitiva*, por cuanto permite al juez conocer o "descubrir" los hechos, o sea, formular la prueba (en sentido "b"), a partir de los elementos probatorios o de conocimiento introducidos por los medios de prueba.

Con el fin de reducir la ambigüedad, parece útil reservar el término genérico "prueba" para una sola de estas acepciones, utilizando ter-

por la que una fuente se introduce en el proceso». Esta distinción tiene su reflejo en cada una de las pruebas. Así, en la confesión, la fuente es la persona y su conocimiento de los hechos, el medio es su declaración en el proceso; en la prueba documental, la fuente es el documento, el medio es su aportación al proceso; en la prueba testifical, la fuente es el testigo y su conocimiento, el medio es el testimonio; en la prueba pericial, la fuente es la cosa, materia o persona que se somete a la pericia, el medio es la actividad y el informe pericial; en el reconocimiento judicial, la fuente es el lugar, cosa o persona reconocida, el medio es la actividad de reconocimiento. J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 84-86.

¹²¹ En este sentido, G. UBERTIS: es el *resultado probatorio* lo que «se utiliza directamente para la verificación de la inicial afirmación probatoria, es decir, del *objeto de prueba*». *Vid. Fatto e valore...*, cit., pp. 105-106.

¹²² La acepción del término "prueba" a la que ahora hacemos referencia puede ser también significativa desde el punto de vista "jurídico" y no estrictamente epistemológico. Prueba (como procedimiento probatorio) significa entonces la actividad desarrollada en el proceso para adquirir (admitir y asumir) las pruebas (los medios de prueba) y obtener de (y fundar en) ellas la decisión sobre el hecho. Precisamente para poner de relieve esta distinción, se habla a veces de *procedimiento (intelectivo) probatorio* y de *procedimiento (jurídico) probatorio*, *vid.* G. UBERTIS, *Fatto e valore...*, cit., pp. 105 ss. En realidad, es el sentido jurídico y no el epistemológico el que la doctrina procesalista atribuye al término "prueba" en su acepción de "procedimiento probatorio".

minología distinta para hacer referencia a las demás. No se pretende estipular gratuitamente el significado de las expresiones; por ello hablaremos de *medios de prueba* para referirnos a la primera acepción, de *procedimientos probatorios* para referirnos a la tercera y de *prueba* para referirnos a la segunda, es decir, para aludir al resultado, la demostración ya obtenida (o el enunciado asertivo verificado) de hechos controvertidos e inciertos¹²³, y ello porque, así usado, el término "prueba" pone de manifiesto —mejor que las otras acepciones— la función específica del proceso probatorio, que no es otra que la acreditación (de la verdad) de un (enunciado sobre un) hecho relevante para la decisión.

2.º Segunda distinción. Tipos de procedimientos probatorios: *prueba directa*, *prueba indirecta* y *prueba deductiva*.

A su vez, el léxico sobre la prueba referido a (o conectado con) los procedimientos probatorios resulta también confuso y a menudo incoherente, pues las expresiones "prueba directa", "prueba indirecta", "prueba indiciaria", "prueba presuntiva", "prueba circunstancial", etc., no siempre se usan en el mismo sentido. Quizá la distinción más consagrada en la literatura procesal y en la jurisprudencia sea la existente entre "prueba directa" y "prueba indirecta" (o "indiciaria" o "circunstancial" en el ámbito penal). No obstante, el criterio usado para distinguir entre una y otra no es uniforme, de manera que con estas expresiones se puede estar haciendo referencia a cuestiones distintas. Pueden detectarse al menos tres criterios en los que se funda esta distinción.

a) La distinción entre prueba directa e indirecta se funda a veces en el *carácter mediato o inmediato* del conocimiento de los hechos que se prueban (o de la verificación de los enunciados sobre esos hechos). Si se quiere, se funda en la divergencia o coincidencia entre el hecho que resulta probado y el hecho percibido por el juez. *Prueba directa* es entonces el procedimiento probatorio consistente en la contrastación empírica directa del enunciado que se prueba; es decir, en la observación inmediata del hecho al que ese enunciado se refiere. *Prueba indirecta* es el procedimiento probatorio que permite llegar al hecho que se prueba a partir de otro u otros, mediante un proceso inferencial¹²⁴. Obsérvese cómo, según esta clasificación, todas las pruebas

¹²³ También L. P. COMOGLIO entiende por prueba, en sentido estricto, el resultado de la adquisición o la asunción y la valoración de los particulares medios de prueba usados, «Lessico delle prove e modello accusatorio», cit. Y análogamente J. WRÓBLEWSKI, «La prueba jurídica: Axiología, lógica y argumentación», cit., p. 173.

¹²⁴ Sostiene esta distinción, por ejemplo, N. MACCORMICK, que llama prueba directa a la que se efectúa mediante observación inmediata y, a contrario, prueba indirecta a la inferencial, vid. «La congruenza nella giustificazione giuridica», cit., p. 125. También P. FERRUA, que entiende por prueba directa la observacional, y por prueba indiciaria (o indirecta) la que permite llegar a un hecho a partir de otro, «Contraddittorio e verità nel processo penale», en *Le ragioni del garantismo...*, cit., p. 216, aunque en el trabajo se atiene a la noción más restrictiva de prueba indiciaria o indirecta como opuesta a la de prueba histórica. Y, separándose desde luego del

sobre hechos pasados son indirectas (o indiciarias)¹²⁵; salvo el supuesto —raro, por lo demás— de que el propio juzgador haya observado en el pasado el hecho que ahora se juzga.

b) La distinción se funda otras veces en la *diferente estructura lógica* de la inferencia en que consiste el procedimiento probatorio. Se habla de *prueba directa*, o de prueba, sin más, cuando en la inferencia se utilizan leyes lógicas y científicas (no probabilísticas) que conducen a resultados necesarios. Se habla de *prueba indirecta* (o de prueba indiciaria) cuando en la inferencia se usan simples máximas de experiencia (o en todo caso leyes probabilísticas) que conducen a resultados sólo posibles¹²⁶. Es decir, la distinción entre prueba directa e indirecta dependería de que el resultado de la inferencia sea necesario o sólo probable.

c) La que podríamos llamar *concepción canónica* de esta distinción, por ser la normalmente usada por la doctrina y sobre todo por la jurisprudencia, entiende por ambos tipos de prueba lo siguiente. La *prueba directa*, que se identifica con la *histórica*, es aquella, 1.º en la que el hecho que se quiere probar surge directa y espontáneamente, sin mediación alguna ni necesidad de raciocinio, del medio o fuente de prueba, y 2.º es capaz, por sí sola, de fundar la convicción judicial sobre ese hecho, pues —hay que suponer, aunque no siempre se diga—

significado clásico de la distinción en la doctrina y jurisprudencia españolas, la sostiene también V. CORTÉS: «hablamos de prueba directa cuando el conocimiento o la relación que existe entre el objeto de la prueba y el juez, destinatario de la prueba, es directa y sin intermediario. Hablamos de prueba indirecta, consiguientemente, cuando el juez tiene conocimiento o relación con el objeto de la prueba a través de hechos, de cosas o de personas... [Por ello] sólo la llamada inspección personal del juez o reconocimiento judicial puede ser considerado prueba directa», en J. ALMAGRO y otros, *Derecho Procesal*, t. I, *Parte General, Proceso Civil* (1), cit., p. 375. Y también parece ser ésta la distinción que se esconde tras las palabras de P. ANDRÉS IBÁÑEZ cuando habla de la «mal llamada prueba "directa"» (refiriéndose a lo que la doctrina y jurisprudencia española califican de tal, por ejemplo la testifical sobre los hechos de la causa), pues «no hay prueba que no sea indiciaria», «De nuevo sobre motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza», en *Jueces para la democracia*, núm. 22, 1994, p. 91.

¹²⁵ También, por tanto, las habitualmente llamadas pruebas directas o históricas. En efecto, «también las llamadas pruebas históricas (testimonios y documentos) —que comúnmente se contraponen a las pruebas crítico-indiciarias... entrarían en esta clase (pruebas indirectas o indiciarias), al menos en lo que hace referencia al paso del hecho de la declaración a la realidad del hecho declarado... sólo tras un complejo juego de inferencias e intuiciones —sobre la personalidad del testigo, la calidad de sus percepciones, etc.—, decide el juez si prestar o no crédito a lo que ha declarado», P. FERRUA, *op. cit.* en nota anterior, pp. 216-217. C. FURNO insiste también en que la prueba indirecta comprendería no sólo la denominada prueba crítica, sino también la denominada prueba histórica. Señala, además, que restringir el nombre de prueba histórica a esta última resulta un tanto absurdo, pues toda la prueba indirecta (también, por tanto, la crítica o indiciaria) es histórica, *Teoría de la prueba legal*, cit., p. 16, notas 10 y 11.

¹²⁶ A mi juicio, aunque distinguiendo entre "prueba" e "indicio" como resultados de distintos procedimientos probatorios inferenciales, dan relevancia epistemológica a esta distinción G. UBERTIS, «La ricerca della verità giudiziale», cit., p. 27, nota 95 y *Fatto e valore...*, cit., pp. 110 ss.; L. GIANFORMAGGIO, «Certeza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni in tema di MacCormick», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 18, 2, 1988, pp. 476 ss.; y G. BELLAVISTA, «Indizi», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXI, Milano, Giuffrè, 1971, p. 228.

la prueba versa directamente sobre el mismo. Por asimilarse la prueba directa a la histórica, los casos típicos de prueba directa son la testifical y la documental. La *prueba indirecta* o *crítica* o *circunstancial* o *indiciaria*¹²⁷ es aquella, 1.º en la que el hecho que se quiere probar no surge directamente del medio o fuente de prueba, sino que se precisa además del razonamiento, y 2.º es incapaz por sí sola de fundar la convicción judicial sobre ese hecho¹²⁸.

Como puede observarse, esta distinción no se asienta en ningún criterio claro y expresa más bien una cierta confusión entre procedimientos probatorios, medios de prueba y pruebas en sentido estricto.

Por un lado, en la medida en que se asimila la prueba directa a la prueba histórica, podría pensarse que la distinción va referida a los *medios de prueba* (históricos y no-históricos), y en concreto a la circunstancia de que éstos, por exponer o no directamente el hecho que se pretende probar, sean o no capaces de fundar por sí solos la convicción judicial sobre este último. Pero entonces la asimilación entre pruebas directas y pruebas históricas (testificales y documentales, fundamentalmente) es incorrecta, pues no todas las pruebas históricas exponen directamente el hecho que se quiere probar: la prueba testifical (o la documental) será directa sólo si versa sobre el hecho que

¹²⁷ Y hay quien, para referirse a esta prueba, habla incluso de «razonamiento por analogía o inferencia analógica»; por ejemplo, A. DELLEPIANE, *Nueva teoría de la prueba*, Bogotá, Temis, 9.ª ed., 1983, pp. 59-60. Considera también que las pruebas indirectas o circunstanciales se fundan en la analogía, J. BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., vol. I, pp. 292 ss.

¹²⁸ Las definiciones son a veces confusas y en todo caso no siempre uniformes, pero, en general, creo que se reconducen a las que acabamos de ofrecer. Así, se afirma que las pruebas históricas o directas son aquellas en las que «la fuente de prueba, el testigo, el documento, el vestigio, etc., exponen un hecho histórico que conocen o expresan. En la indiciaria el indicio no lo expresa, sino que es indicativo del mismo hecho, en el sentido de que lo sugiere. Por ello necesita de un raciocinio». Precisamente «por la intervención de un raciocinio, es una prueba crítica en cuanto no se obtiene directamente, sino a través de la lógica que posibilita la inferencia», A. MARTÍNEZ ARRIETA, «La prueba indiciaria», en AAVV, *La prueba en el proceso penal*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 55-56.

Y de este mismo sentido son las definiciones jurisprudenciales. Recogemos, por todas, la siguiente de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo: «Prueba directa es aquella que de forma inmediata ofrece un contenido probatorio concreto en tanto surge de él, espontáneamente, la posibilidad de su valoración. Es, en fin, la prueba que aclara la investigación, permitiendo la convicción judicial sin necesidad de deducciones ni inferencias. Así, la confesión del acusado o la declaración, en muchos casos, del testigo. Más frente a esta prueba también existe la *indiciaria* o *indirecta* cuando por medio de dos o más indicios acreditados... se llega *lógica y racionalmente*, no de manera arbitraria, y por las vías de la experiencia... al hecho consecuencia... que se quiere acreditar», STS 572/1996, de 16 de septiembre de 1996, Fundamento Sexto.

Pero del mismo tenor es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: son supuestos de *prueba directa* aquellos en los que «la demostración del hecho enjuiciado surge de modo directo e inmediato del medio de prueba utilizado: documentos, testigos, etc... Su valoración no presenta las dificultades propias de la prueba indiciaria, porque la consecuencia o apreciación viene determinada sin necesidad de hacer uso de operaciones mentales complejas, es decir, por ser en cierto modo tarea más teñida de objetividad. El problema, la dificultad y el peligro surgen con la *prueba indirecta*... Hace entrada en ella la subjetividad del juez, en cuanto, mentalmente, ha de realizar el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia» (STC 169/1986, FFJJ 1.º y 2.º).

se pretende probar, e indirecta o indiciaria si versa sobre un hecho circunstancial. Por ejemplo, si el hecho que se quiere probar es si B mató a A de un disparo, la declaración del testigo T_a: «vi a B disparar a A y a éste caer muerto» constituye una prueba directa; pero la declaración del testigo T_b: «Oí un disparo en la casa de A y minutos después vi salir a B de allí» constituye tan sólo una prueba indirecta o indiciaria.

Por otro lado, podría pensarse que la distinción va referida al *procedimiento probatorio*, y en concreto a la circunstancia de que en éste intervenga o no el razonamiento del juzgador. Ciertamente, con la distinción prueba directa-prueba indirecta parece querer indicarse a veces (si bien muy confusamente) una diferente estructura del procedimiento probatorio, según que verse o no sobre el hecho que se pretende probar. La prueba directa haría referencia a un procedimiento probatorio que, por versar directamente sobre el hecho que se quiere probar, lo probaría «espontáneamente», «sin necesidad de raciocinio». La prueba indirecta o indiciaria, en cambio, haría referencia a un procedimiento probatorio que, por no versar directamente sobre el hecho que se pretende probar, sino sólo sobre un hecho circunstancial, para acreditar aquél necesitaría del razonamiento, de la inferencia. Además, y conectado con lo anterior, parece que la diferente estructura de la prueba —espontaneidad en un caso, necesidad de razonar en otro— conlleva también una diferente calidad epistemológica (y, por tanto, un diferente valor probatorio) de sus resultados: mayor en el primer caso, «por ser en cierto modo tarea más teñida de objetividad y, por tanto, de imparcialidad»; menor en el segundo, porque «hace entrada en ella la subjetividad del juez en cuanto, mentalmente, ha de realizar el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia»¹²⁹. Esta distinción, sin embargo, también parece equivocada y se funda en una acrítica percepción de la estructura de los procedimientos probatorios, principalmente de los que consisten en el uso de medios de prueba «históricos».

En efecto, desde el punto de vista de la estructura del procedimiento probatorio, no hay diferencias sustanciales entre las llamadas pruebas directas y las indirectas, en la terminología que comentamos. La declaración del testigo T_a: «vi a B disparar a A y a éste caer muerto», ejemplo de prueba directa, no prueba por sí sola (directa y espontáneamente, sin necesidad de raciocinio) el hecho que se pretende probar (que B mató a A); lo único que esta declaración prueba *por sí sola* es que «el testigo T_a dice que vio a B disparar a A y a éste caer muerto». La declaración de T_a probará que «B mató a A» sólo

¹²⁹ STC 169/1986, FFJJ 1.º y 2.º

También claramente en J. BENTHAM: «considerada en abstracto, no se podría negar que la prueba circunstancial sea inferior a la directa». La razón: «la prueba directa no requiere ninguna inducción; la circunstancial no puede existir más que por inducciones y no hay apenas una inducción que no esté sujeta a errores», *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., vol. I, p. 370.

si T_a dice la verdad (es decir, si no miente, ni sufrió un error de percepción, ni ahora sufre errores de memoria); pero este dato (que T_a dice la verdad) es el resultado de una inferencia del mismo tipo que la que define la prueba indirecta¹³⁰. Desde el punto de vista de la estructura de los procedimientos probatorios no hay, por tanto, ninguna distinción esencial entre prueba directa e indirecta, pues en ambos casos están presentes inferencias de la misma clase y, en consecuencia, tan “teñida de subjetividad” puede estar la primera como la segunda. La idea de que la prueba directa es la que menos puede conducir a error judicial hay que “ponerla en cuarentena”¹³¹.

En realidad, la distinción “canónica” entre prueba directa y prueba indirecta sólo cobra pleno sentido referida a la *prueba en sentido estricto*, y no a los procedimientos probatorios ni al uso de determinados medios de prueba. En efecto, lo que la distinción puede indicar es que una prueba en sentido estricto (una aserción verificada) es “directa” si versa directamente sobre el hecho principal que se pretende probar y del que depende la decisión judicial e “indirecta” en caso contrario, sin otras consideraciones¹³². Así, si el hecho principal que se pretende

¹³⁰ El propio BENTHAM, que se resiste a asimilar la prueba testifical (directa) con la indirecta, porque en esta última está presente la inducción y en la primera no o muy débilmente (*vid. nota anterior*), tiene que convenir, no obstante, en que la fidelidad del testimonio depende del estado de las facultades intelectuales del testigo (percepción, juicio, memoria e imaginación), de su entendimiento y de su voluntad. En suma, tiene que convenir en que «estrictamente hablando, en el caso de la prueba directa hay también una inducción, pero ella es siempre de la misma naturaleza: del relato de los hechos presentados por el testigo, se infiere que los hechos son ciertos», *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., vol. I, pp. 48 y 371.

Una matización análoga se encuentra también en M. FENECH, quien, tras afirmar que «cuando el juzgador oye a un testigo que narra un hecho que presenció... consigue una representación histórica del hecho tema de la prueba, sin que para ello deba razonar ni obtener un juicio inductiva o deductivamente», añade que «esto no excluye que con posterioridad deba razonar sobre la credibilidad del testigo», *Derecho Procesal Penal*, I, Barcelona, Labor, 2.ª ed., 1952, p. 708.

De todas formas, hay una tendencia en la doctrina y en la jurisprudencia a olvidar por completo estas matizaciones.

¹³¹ Así piensa E. RUIZ VADILLO, *El derecho penal sustantivo y el proceso penal*, Madrid, Colex, 1997, p. 144. Es más, a juicio de algunos, la prueba de testigos, paradigma de la prueba directa, fuera de los principios de oralidad, inmediación y concentración, es el «instrumento más incierto e inseguro de averiguación de la verdad judicial», M. TARUFFO, «Prova testimoniale (diritto processuale civile)», *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, p. 755.

¹³² Éste es, por ejemplo, el sentido central de la distinción entre prueba directa e indirecta o circunstancial en el *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., vol. I, de J. BENTHAM: «El testimonio puede referirse inmediatamente al hecho principal: Pablo ha visto a Juan cometer el delito en cuestión, y entonces la prueba es directa. El testimonio puede referirse a algún hecho que no sea el delito mismo, pero que se encuentre tan ligado a él, que establecida la existencia del primero, resulte una presunción más o menos fuerte de la existencia del segundo» (pp. 30-31). Por tanto, la prueba directa es «la consistente en la declaración de un testigo que, con relación al hecho principal, afirma pura y simplemente lo que ha llegado a su conocimiento por medio de sus propios sentidos... La prueba circunstancial es la que se deduce de la existencia de un hecho o de un grupo de hechos que, aplicándose inmediatamente al hecho principal, llevan a la conclusión de que ese hecho ha existido» (pp. 291-292).

probar es si B mató a A, lo declarado por el testigo T_a : “vi a B disparar a A y a éste caer muerto” constituiría (una vez verificado) una prueba directa del enunciado “B mató a A”. Mientras que lo declarado por el testigo T_b : “Oí un disparo en la casa de A y minutos después vi salir a B de allí” sería (una vez verificado) sólo una prueba indirecta o circunstancial o indiciaria del mismo; como también sería indirecta la prueba biológica que estableciera que “había sangre de B en la camisa de A”. Por tomar otro ejemplo, imaginemos que a un sujeto B se le aprehende una pequeña cantidad de droga y se sospecha que su destino sea el comercio y no el consumo propio. Si el hecho que se pretende probar es si B comercia con droga, lo declarado por el testigo T_a : “vi a B vender droga en repetidas ocasiones en el lugar X” constituiría (una vez verificado) una prueba directa del enunciado “B comercia con droga”. Mientras que lo declarado por el testigo T_b (por ejemplo, la policía): “B llevaba en el coche una balanza de precisión” y “en su casa se encontró una importante cantidad de dinero y una cierta cantidad de droga” serían (una vez verificados) sólo pruebas indirectas o indiciarias de que “B comercia con droga”. Insistimos en que la distinción, así interpretada, no señala una diferencia entre los procedimientos probatorios en función de su estructura, sino una diferencia entre las pruebas (en sentido estricto) en función de que versen o no directamente sobre el hecho principal del que depende la decisión. Otra cosa es si puede afirmarse —como sucede con frecuencia— que el valor probatorio de la prueba directa es muy grande y el de la indirecta siempre pequeño o en todo caso inferior a aquél, al punto de sostener que una prueba directa, por sí sola, es apta para fundar la decisión del juez sobre el hecho principal que se pretende probar, mientras que una prueba indirecta, por sí sola, no es apta para fundar esa decisión, sino que opera como un elemento más que permite al juez inferir una hipótesis sobre aquel hecho¹³³. Podría decirse a este respecto, que, ciertamente, el valor probatorio de la prueba directa

Éste es también el criterio de distinción que propone M. TARUFFO, y que se basa —como expone con claridad el autor— en la relación entre el *hecho a probar*, o mejor, el enunciado sobre el hecho jurídicamente relevante del que depende directamente la decisión, y el *objeto de la prueba*, o mejor, la aserción fáctica sobre la que versa la prueba. «Habrá prueba directa cuando los dos enunciados tengan por objeto el mismo hecho, o sea, cuando la prueba verse sobre el hecho principal». Habrá prueba indirecta cuando el objeto de la prueba «sea un hecho distinto del que debe probarse»; la prueba se define como “indirecta” porque «opera como premisa de una inferencia que tiene como resultado el enunciado sobre el hecho a probar», *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 429.

La distinción entre prueba directa e indirecta según que coincidan o no *thema probandi* y *thema probatum* está también presente en M. FENECH, *Derecho Procesal Penal*, I, cit., pp. 706-707; en L. ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. II, cit., p. 202; o en E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 289-290.

¹³³ Por ejemplo, afirma BENTHAM que «con respecto a la existencia de un hecho principal, basta una prueba directa, cuando no existe objeción sobre la credibilidad del testigo, para que el hecho se considere como probado... Si la existencia del hecho principal únicamente está apoyada en pruebas circunstanciales, me parece que se encontrarían pocos casos en Inglaterra donde

(una aserción verificada sobre el hecho que se pretende probar) es tendencialmente mayor que el de la indirecta (una aserción verificada sobre un hecho circunstancial), porque con la prueba directa no se requiere ninguna inferencia más para probar el hecho principal, mientras que probar el hecho principal con una prueba indirecta exige siempre inferencias suplementarias. Pero sólo "tendencialmente", pues el valor probatorio de una prueba (sea ésta directa o indirecta) no depende sólo de este dato, sino también —como es evidente— de su calidad epistemológica, es decir, de su grado de certeza.

d) Finalmente, la distinción entre procedimientos probatorios que, a nuestro juicio, tiene relevancia epistemológica, y que por ello proponemos, se basa en un criterio equivalente al de la primera [a)], pero integra también el criterio de la segunda [b)]. En otras palabras, el elemento clave es la posibilidad o no de contrastación empírica observacional, pero —allí donde esto no es posible— se tiene en cuenta el carácter seguro o meramente probabilístico de la inferencia.

El criterio en el que se asienta la distinción es, pues, la diferente estructura de los procedimientos probatorios, en cuanto procedimientos de verificación de los enunciados fácticos. Teniendo en cuenta que en un modelo cognoscitivista el principal criterio de verificación es la *contrastación empírica*, podemos distinguir básicamente dos tipos de procedimientos probatorios, según que la contrastación empírica se realice mediante *observación* de los hechos a los que hacen referencia los enunciados que se verifican o mediante *inferencias* a partir de otros enunciados fácticos verificados. Como la observación de los hechos es el único criterio de verificación directa de los enunciados sobre esos hechos, reservaremos la expresión *prueba directa* para este caso y asignaremos la expresión *prueba inferencial* al segundo¹³⁴. A su vez, los procedimientos probatorios inferenciales pueden ser de dos tipos, según que la inferencia sea deductiva o inductiva. Usaremos la expresión *prueba indirecta o inductiva* para designar los procedimientos probatorios de naturaleza inductiva, mientras que hablaremos de *prueba deductiva* para designar los procedimientos probatorios basados en una inferencia de tipo deductivo. En suma, desde el punto de vista de la estructura del procedimiento probatorio, distinguiremos entre:

una sola prueba de esa naturaleza haya parecido suficiente para considerar *probado* el hecho», *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., vol. I, p. 294.

¹³⁴ Con todo, hay quien sostiene que también en la prueba observacional o perceptual, o sea, en la que se efectúa mediante observación directa del hecho que se acredita y a la que nosotros denominamos prueba directa, está presente un razonamiento, aunque no se exprese: «incluso en el tiempo infinitésimo de la percepción se consuman pasos silogísticos, sobre los que se funda la fe en los mensajes captados por los sentidos», F. CORDERO, *Tre studi sulla prova*, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 6-7. En el mismo sentido, C. A. VARELA, «La operación lógica resulta indispensable en toda apreciación de la prueba, ya sea ésta directa o indirecta, pues aun en el caso de que el juez perciba determinados hechos con sus sentidos de forma directa, siempre existe una actividad razonadora por elemental que parece», *Valoración de la prueba*, Buenos Aires, Astrea, 1990, pp. 39 y 42.

1) *Prueba directa*: procedimiento de conocimiento de hechos (o de verificación de enunciados fácticos) basado en la observación del propio sujeto juzgador.

2) *Prueba deductiva*: procedimiento de conocimiento de hechos (o de verificación de enunciados) basado en una inferencia deductiva a partir de otras aserciones verificadas.

3) *Prueba indirecta* o inductiva: procedimiento de conocimiento de hechos (o de verificación de enunciados) basado en inferencias de carácter inductivo a partir de otras aserciones verificadas.

La distinción, basada en la estructura *lógica* de la verificación, tiene también relevancia *epistemológica*, pues cada uno de estos tres procedimientos arroja, aunque sólo sea *en principio*, una diferente calidad de certeza: certeza absoluta, en la prueba directa y en la prueba deductiva; simple probabilidad, en la prueba indirecta o inductiva. En efecto, aunque las cuestiones lógicas deben ser nítidamente separadas de las cuestiones epistemológicas, es evidente que la calidad epistemológica de las pruebas en sentido estricto (o sea, de los enunciados fácticos verificados) viene en gran parte condicionada por los procedimientos probatorios (o sea, los procedimientos de verificación de los mismos). Que al resultado del procedimiento de prueba directa deba atribuírsele una calidad epistemológica absoluta es algo fuera de discusión; salvo, por supuesto, que se mantengan posiciones de un relativismo epistemológico extremo, en cuyo caso se habrá de estar también dispuesto a asumir las consecuencias irracionales que de ello se derivan. Que se atribuya una calidad epistemológica absoluta al resultado de las pruebas deductivas obedece a que un razonamiento deductivo válido es aquel en que, a partir de premisas verdaderas, se concluyen resultados necesariamente verdaderos. Que el resultado de la prueba indirecta deba ser considerado (sólo) probable tampoco puede suscitar polémica, pues, por grande que sea la calidad epistemológica de las premisas de que se parte, el resultado de una inducción ha de medirse siempre en términos de probabilidad; esta cuestión será objeto de desarrollo detenido en el epígrafe siguiente.

Ahora bien, conviene insistir en que *sólo* puede atribuirse esta diferente calidad epistemológica a los resultados de los distintos procedimientos probatorios *en principio*, pues la calidad epistemológica de una prueba (un enunciado verificado) no depende sólo del procedimiento probatorio por el que se haya obtenido, sino también de la *calidad de la observación* (si se ha obtenido mediante procedimiento de prueba directa) y de la *calidad epistemológica de las premisas* que se hayan usado para inferirla (si se ha obtenido mediante prueba inferencial). Por eso, la afirmación de que la prueba directa y la deductiva producen certeza absoluta ha de ser tomada siempre condicionalmente: es decir, "a condición de" que no haya habido errores de percepción,

en el primer caso, y que las premisas de la inferencia deductiva puedan suponerse verdaderas, en el segundo.

3.º Tercera distinción. Tipos de pruebas en sentido estricto: a) *constataciones, conclusiones e hipótesis*; b) *pruebas y enunciados probatorios*; c) *pruebas plenas y pruebas no plenas*.

a) Dentro de las pruebas en sentido estricto, es decir, de los enunciados asertivos verificados, cabe hacer una primera distinción, dependiendo del *tipo de procedimiento probatorio* que haya conducido a ellas. Si la distinción tiene interés epistemológico es precisamente por la diferente calidad de certeza que —como se acaba de decir— arrojan “en principio” los distintos procedimientos probatorios. Diferenciamos así entre:

— *constataciones* o enunciados de observación¹³⁵: son el resultado de un procedimiento de prueba directa¹³⁶. Si pudiera sostenerse que no ha habido errores de percepción, su calidad epistemológica puede considerarse absoluta, por ser el resultado de la observación del juzgador.

— *conclusiones*: son las pruebas obtenidas mediante prueba deductiva a partir de otras pruebas (enunciados probatorios)¹³⁷. Su calidad epistemológica está siempre y necesariamente condicionada a la verdad de las premisas. No obstante, si pudiera sostenerse que las premisas son verdaderas, su calidad epistemológica podría considerarse absoluta, por ser el resultado de una deducción.

— *hipótesis*: son las pruebas obtenidas mediante prueba indirecta o indiciaria a partir de otras pruebas (enunciados probatorios)¹³⁸. Su calidad epistemológica es siempre y necesariamente relativa, pues es el resultado de una inferencia inductiva cuyos resultados sólo pueden ser juzgados probables.

b) Dentro aún de las pruebas en sentido estricto cabe hacer otra distinción, dependiendo de que se considere la prueba como el *resultado* de un procedimiento probatorio o como un enunciado fáctico verificado que es usado como *premisa* en el curso de un procedimiento probatorio. Diferenciamos así entre:

¹³⁵ Las “constataciones” son los enunciados sintéticos que no son hipótesis ni conclusiones, M. SCHLICK, «Sobre el fundamento del conocimiento», en *El positivismo lógico*, A. J. AYER (comp.), cit., p. 232. Se trata, en realidad, de lo que el positivismo lógico ha denominado «proposiciones protocolares» (NEURATH) o «proposiciones elementales» (CARNAP), o «proposiciones atómicas» (WITTGENSTEIN) o «proposiciones básicas» (AYER).

¹³⁶ En el mismo sentido, P. FERRUA habla también de “constataciones” o “verificaciones directas”, «Contradditorio e verità nel processo penale», cit., p. 216.

¹³⁷ Las llamamos conclusiones porque una *conclusión* es el enunciado que se sigue, a través de *argumentos deductivos*, de otros enunciados llamados *premisas*, *vid.*, por todos, M. GARRIDO, *Lógica simbólica*, Madrid, Tecnos, 1978, p. 17; y I. M. COPI, *Introducción a la lógica* (1972), trad. de N. Míguez, Buenos Aires, Eudeba, 1982, p. 7.

¹³⁸ Sobre la razón de denominar *hipótesis* a estas pruebas, *vid.*, más adelante, nota 164.

— *prueba*, a secas: es el enunciado fáctico resultante de un procedimiento probatorio.

— *enunciado probatorio*: es el enunciado fáctico verificado que es usado, en el curso de un procedimiento probatorio, como premisa para la prueba de otros enunciados fácticos¹³⁹; cuando el procedimiento probatorio en cuestión es el de prueba indirecta o indiciaria, el enunciado probatorio suele ser llamado *indicio*. Los enunciados probatorios constituyen, por tanto, razones para la prueba de otros enunciados y por ello se denominan a veces “elementos de prueba”.

Nótese que la distinción entre prueba y enunciado probatorio es “relativa”: cualquier prueba (constatación, conclusión o hipótesis) puede ser después usada como enunciado probatorio en un procedimiento probatorio deductivo o inductivo.

c) Finalmente, dentro de la categoría de las pruebas, es posible establecer aún otra distinción, en función de que tengan *valor probatorio suficiente* para fundar la decisión judicial sobre el hecho que se pretende probar o, por el contrario, operen sólo como *un elemento probatorio más* en un procedimiento inferencial inductivo o de prueba indirecta. Diferenciamos así entre pruebas plenas y pruebas no plenas¹⁴⁰:

— *prueba plena*: es la prueba (sea constatación, conclusión o hipótesis) que tiene valor probatorio suficiente para fundar *por sí sola* la decisión judicial sobre el hecho que se pretende probar: 1) bien directamente, cuando la prueba verse sobre el hecho que se pretende probar, 2) bien operando como premisa en un procedimiento probatorio inferencial, cuando la prueba verse sobre un hecho distinto.

— *prueba no plena*: es la prueba (sea constatación, conclusión o hipótesis) que no es idónea ni suficiente para fundar *por sí sola* la decisión judicial sobre los hechos que se pretenden probar, sino que opera, conjuntamente con otros enunciados probatorios, como un elemento más que permite al juez inferir una hipótesis sobre esos hechos mediante un procedimiento de prueba indirecta o inductiva; por ello, las pruebas no-plenas sólo pueden coadyuvar a la decisión en calidad de *indicios*.

Debe advertirse que en la doctrina y la jurisprudencia es frecuente hacer referencia a la “prueba plena” con el término “prueba directa”

¹³⁹ La expresión “enunciados probatorios” es usada por J. WROBLEWSKI. Para el autor, enunciados probatorios son: «enunciaciones liguísticas de testigos y de expertos, contenidos de documentos, enunciados de las propias percepciones de un juez y las inferencias lógicas de todos estos enunciados», en «El problema de la así llamada verdad judicial», en *Sentido y hecho en el derecho*, cit., p. 210. En igual sentido, D. MENDONCA habla de “informes probatorios”, en *Interpretación y aplicación del derecho*, Almería, Universidad de Almería, 1997, pp. 78 ss.

¹⁴⁰ En la doctrina y la jurisprudencia, el binomio prueba plena/prueba-no plena se funda también en su “valor probatorio” (*vid.*, por ejemplo, L. ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, II, cit., p. 200; E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 288-289; y V. CORTÉS, en J. ALMAGRO y otros, *Derecho Procesal*, I, cit., p. 375). Por ello, y con independencia de que las expresiones puedan ser más o menos adecuadas, parece preferible mantenerlas.

y a la "prueba no plena" con los términos "indicio" o "prueba indirecta", de modo que la distinción que se acaba de exponer suele a veces presentarse, si bien muy confusamente, bajo el binomio prueba plena o directa/prueba no plena o indicio o prueba indirecta [*vid. infra*, apartado 2.º, c), párrafo último].

Es evidente que el carácter de prueba plena de una prueba está en función directa de su calidad epistemológica (es decir, del tipo de procedimiento probatorio por el que se ha obtenido y de la calidad epistemológica de las premisas, si ese procedimiento es inferencial); pero depende también del número de pasos inferenciales que la separan del (enunciado sobre el) hecho que se pretende probar. Por ello, aunque atendiendo sobre todo al primer elemento pueda augurarse que sólo las constataciones y las conclusiones (cuando pueda suponerse sin dudas sustanciales la veracidad de sus premisas) podrán ser pruebas plenas, nada impide que las hipótesis puedan serlo también; sobre todo cuando el número de pasos inferenciales que las separen del hecho que se pretende probar sea bajo. Éste sería en realidad el fundamento de esa práctica forense que tiende a atribuir valor de prueba plena a la habitualmente denominada "prueba directa", es decir, a la que versa sobre el hecho que se pretende probar, por ejemplo, la declaración de un testigo sobre ese hecho: entre la prueba directa (en rigor, una hipótesis, por ser el resultado de una inferencia indirecta o inductiva), y el hecho objeto de prueba no hay pasos inferenciales¹⁴¹.

Obsérvese, por último, que la distinción entre prueba plena y no plena es "relativa" al hecho que se considere. Por ello, una prueba podría en principio ser considerada plena respecto a un cierto hecho; pero podría ser considerada al mismo tiempo no-plena respecto a hechos distintos¹⁴². Con todo, desde el punto de vista jurídico y no ya estrictamente epistemológico, resulta más útil hablar de pruebas

¹⁴¹ En efecto, dentro de la distinción que hemos llamado "canónica" entre prueba directa e indirecta, se tiende a considerar que la prueba directa (por ejemplo, la declaración de la víctima del delito) es prueba plena; es decir, «puede constituir válida prueba de cargo en la que basarse la convicción del juez» (SSTC 229/1991, FJ 4.º y 64/1994, FJ 5.º).

Es más, esa misma práctica forense acepta también, si bien no sin cautelas, el carácter de prueba plena de los resultados de la —también en su terminología— prueba indirecta o indiciaria, y ello pese a que la identifica —frente a la directa— con el campo de las inferencias y la subjetividad. Se mantiene, en efecto, que, si los indicios no son meras sospechas, sino que están plenamente acreditados y se justifica asimismo el nexo causal entre ellos y el hecho que se pretende probar, no hay obstáculos para considerarlos «como una prueba de cargo suficiente» para desvirtuar la presunción de inocencia (STC 169/1986, FJ 2.º), es decir, como una prueba plena. Aunque se insiste: si la prueba indiciaria aparece como la única para fundar la condena, «debe ser mirada con precaución» (STC 150/1987, FJ 2.º). También la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha destacado de modo constante, a partir de la Sentencia de 14 de octubre de 1986, que la prueba circunstancial o indiciaria es apta para fundar una condena penal (por todas, STS 529/1994, fundamento segundo, que recoge una amplísima jurisprudencia sobre el particular).

¹⁴² En el mismo sentido, N. FRAMARINO DEI MALATESTA, *La logica delle prove in criminale*, Torino, 1906, pp. 140 ss. (hay trad. cast. en *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá,

plenas sólo por referencia al hecho principal del que depende la decisión judicial; así sucede normalmente en la doctrina y en la práctica forense.

6) LA NATURALEZA DEL CONOCIMIENTO JUDICIAL DE HECHOS

El conocimiento judicial de los hechos nos sitúa de entrada en el llamado "contexto de descubrimiento": el *iter* que, de hecho, ha llevado o debe llevar al juez a conocer (y, por tanto, a formular como verdadero un enunciado sobre) los hechos que se juzgan¹⁴³.

En un modelo cognoscitivista, al que le es propio el concepto de verdad como correspondencia, el principal criterio de verdad de los enunciados fácticos es el criterio empírico, el juicio de experiencia. Hay ocasiones en que la verdad de los enunciados fácticos que constituyen las pruebas puede conocerse mediante la que hemos llamado *prueba directa*; es decir, mediante "observación empírica" de los hechos a que hacen referencia, y la calidad epistemológica de esta prueba, si suponemos que no existen errores en la observación, puede considerarse absoluta. Por ejemplo, el enunciado "ardieron veinte hectáreas de bosque" admite prueba directa mediante una medición de la superficie quemada; aunque sin duda el caso paradigmático de prueba directa es el "reconocimiento judicial" o "inspección ocular"¹⁴⁴. Pero las más de las veces el juez no ha estado presente cuando se produjeron los hechos que se prueban, de modo que su conocimiento

Temis, 1995), que señala cómo cualquier prueba (por ejemplo, un testimonio o un documento) puede tener tanto el contenido de prueba plena (directa, en su terminología) como de indicio.
¹⁴³ «Pertenecen al contexto de descubrimiento cuestiones tales como de qué manera, de hecho, se llega a dar con una hipótesis buena», R. S. RUDNER, *Filosofía de la ciencia social* (1966), trad. de D. Cano, Madrid, Alianza, 1973, p. 22.

¹⁴⁴ De "reconocimiento judicial" habla la LEC (arts. 633-636), de "inspección ocular" la LECr (arts. 3326-333 y 727) y de "inspección personal" el CC (arts. 1240-1241); en los tres casos se trata de una misma cosa: el examen directo y personal del juez de los lugares, objetos y personas vinculados a los hechos de la causa.

Son los propios jueces los que mayores elogios han dispensado siempre al «reconocimiento judicial», por considerarlo «el medio de prueba más personal y directo que produce una convicción poderosa y normalmente inexcusable», E. JIMÉNEZ ASEÑO, «Inspección ocular», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Slex*, XII, Barcelona, 1965, p. 895. La inspección ocular tiene la ventaja de evitar «la constante obligación del juzgador de realizar actos de fe en el proceso para adquirir el conocimiento de los hechos, sustituyendo el juicio de evidencia propio por el ajeno, no siempre susceptible de precisas garantías» (Auto de 21 de junio de 1961, Sala 2.ª de la Audiencia Territorial de Barcelona).

Llama por ello la atención la jurisprudencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, según la cual «la prueba de inspección ocular en el juicio oral tiene necesariamente un carácter excepcional, dado que por sus características choca con los principios de concentración y publicidad..., de modo que sólo debe practicarse cuando las partes no dispongan de ninguna otra forma de llevar al conocimiento del Tribunal los hechos relevantes» (STS de 11 de mayo de 1988, Fundamento Primero).

de ellos no es inmediato o directo, sino *mediato o indirecto*, entendiendo por tal el «inferido de, o sugerido por, otro conocimiento ulterior u otro fundamento o base de conocimiento»¹⁴⁵. En otras palabras, en la mayoría de las ocasiones las pruebas no son el resultado directo de la observación, sino de una inferencia que se realiza a partir de otros enunciados probatorios. Reflexionar sobre la naturaleza y estructura de este tipo de conocimiento inferencial parece un “*prius*” tanto para poder evaluar con criterio la calidad epistemológica de sus resultados, como para atisbar (si las hubiere) reglas o pautas metodológicas de actuación. A ello va dedicado este epígrafe.

a) El problema en la “prueba deductiva”

Algunas de las inferencias probatorias —ciertamente, más bien pocas— son de carácter deductivo y, por tanto, en la medida en que las premisas de las que se parta sean verdaderas, producirán resultados también verdaderos¹⁴⁶; es lo que hemos llamado *prueba deductiva*. Así, los enunciados “A es mayor de edad”, “había huellas de A en el coche de B”, “había sangre de A en la ropa de B”, “A no estaba en el lugar L en el momento T”, podrían probarse mediante la acreditación de las actas del Registro civil en el primer caso, mediante prueba dactiloscópica en el segundo, mediante prueba biológica en el tercero y mediante coartada en el cuarto. La prueba documental de la mayoría de edad es, desde el punto de vista lógico, el resultado de una inferencia deductiva cuya premisa mayor (una regla del tipo “si A entonces siempre B”) establece la existencia de un hecho jurídico (la mayoría de edad, en nuestro ejemplo) por la existencia de un cierto documento (las actas del Registro), precisamente porque el ordenamiento así lo determina¹⁴⁷. Lo mismo cabría decir de muchas pruebas científicas o biológicas, aunque por distintas razones: en estos casos, la universalidad de las reglas que constituyen la premisa mayor de la inferencia deductiva no deriva del ordenamiento, sino del elevadísimo crédito

¹⁴⁵ D. M. ARMSTRONG, *La percepción y el mundo físico*, cit., p. 229. Esto, claro está, no significa que, en el proceso de conocimiento de los hechos que se han de probar, el juez no tenga nunca un conocimiento inmediato de otros hechos relevantes para la prueba de aquéllos. Lo tiene, por ejemplo, cuando inspecciona personalmente un objeto que constituirá una prueba. Aunque hay quien piensa que ni siquiera ese conocimiento inmediato es incorregible; por ejemplo, el propio autor citado en esta nota.

¹⁴⁶ «Un razonamiento deductivo es *válido*... cuando las premisas y la conclusión están relacionadas de tal manera que es absolutamente imposible que las premisas sean verdaderas sin que la conclusión también lo sea», I. M. COPI, *Introducción a la lógica*, cit., p. 25.

¹⁴⁷ En nuestro ejemplo, el art. 327 del Cód. Civ., que establece que «las actas del Registro serán la prueba del estado civil». En realidad, toda prueba legal (sea o no documental) tiene naturaleza deductiva. Esto lo ha resaltado con claridad L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., pp. 133 ss.

de que gozan en la comunidad científica¹⁴⁸. Por último, la fuerza deductiva de la coartada, que se despliega a través de la regla lógica del *modus tollens*, se muestra todavía más rotunda: la universalidad de la ley en que se apoya (aquella según la cual nadie puede encontrarse simultáneamente en dos lugares distintos) constituye un punto fijo de nuestra experiencia.

Ahora bien, aunque ya se señaló, conviene insistir de nuevo en la necesidad de separar nítidamente las cuestiones lógicas de las epistemológicas¹⁴⁹. La *validez* de un argumento deductivo no garantiza la *verdad* de la conclusión; para ello es necesario que las premisas sean verdaderas. Hay argumentos válidos con conclusiones —o con premisas— falsas, y argumentos inválidos con conclusiones o premisas verdaderas. Por ello, la verdad de la conclusión de un argumento deductivo válido debe ser siempre aceptada “condicionalmente”; es decir, a condición de que sus premisas sean verdaderas. En otras palabras, el uso de medios de prueba deductiva *no garantiza*, por sí mismo, la infalibilidad de los resultados; y no ya, obviamente, por el carácter de la inferencia, sino por la calidad epistemológica de las premisas, y en particular de las constituidas por aserciones sobre hechos singulares.

En efecto, desde el punto de vista de la aceptabilidad de la conclusión de una prueba deductiva, el punto más débil no lo constituyen las reglas universales sobre las que se apoya, sino la posible fragilidad epistemológica de las aserciones (enunciados probatorios) sobre hechos singulares. Por ello, incluso en las pruebas deductivas fundadas en reglas cuya “universalidad” ni siquiera puede cuestionarse, como la prueba “por signos” (por ejemplo, la fundada en la regla: “el parto es signo de embarazo previo”) o la ya mencionada de la coartada (fundada en la regla: «nadie puede estar simultáneamente en dos sitios distintos»)¹⁵⁰, conviene mantener una actitud cautelosa, pues la “pre-

¹⁴⁸ La jurisprudencia también refleja a veces el carácter demostrativo de las pruebas científicas, que deriva de la “universalidad” que se atribuye a las leyes científicas en que tales pruebas se apoyan. Así —se afirma— «si las leyes causales naturales están aseguradas científicamente, constituyen principios de *experiencia obligatoria*... Aunque «posteriormente, sobre la base de esta causalidad general, hay que construir la causalidad concreta, que es la determinación de la causación del resultado en las concretas circunstancias del hecho» (STS 2207/1993, Fundamento Segundo, subrayado añadido). Por ello, con referencia a una prueba de balística, el Tribunal Supremo afirma que «la fuerza de tal prueba científica... es tal, que... la habilidad dialéctica y la persistencia argumentativa [para combatirla]... no puede destruir la *fuerza demostrativa* de la pericia balística»; y ello porque «la prueba se basa en conocimientos científicos con apoyo en reglas indudables de comprobación por reiteradas experiencias por laboratorios propios y extraños, reproducida por publicaciones de Técnica Policial y de Balística» (STS 1852/1994, Fundamento Segundo, subrayado añadido).

¹⁴⁹ Resalta también la distinción M. ATIENZA, «Sobre la argumentación en materia de hechos...», cit., pp. 85-6.

¹⁵⁰ En efecto, la “universalidad” (o la infalibilidad) de tales reglas no puede cuestionarse; salvo que estemos dispuestos a admitir el milagro o la magia o el “don” de la ubicuidad.

misa menor” de la inferencia deductiva puede ser falsa: puede ser falso que el parto se produjera, o que alguien estuviera en un determinado lugar a una hora precisa. En relación con la prueba documental, la consideración precedente resulta igualmente clara: el acta del Registro donde se plasma la fecha de nacimiento acredita (por obra de una norma jurídica que tiene la estructura de una regla universal) la edad de la persona registrada, pero tal acta puede haber sido manipulada.

Y con referencia a las pruebas científicas se imponen aún cautelas mayores. De un lado, porque la fiabilidad de los resultados de una prueba científica dependerá de su validez científica y de su corrección técnica: lo primero, porque muchas de estas pruebas pueden ser realizadas por métodos diferentes y no todos ellos gozan del mismo grado de aceptación en la comunidad científica, de manera que la *validez científica del método* usado pudiera ser objeto de discusión¹⁵¹; lo segundo, porque la aceptabilidad de la prueba dependerá también de que ésta se haya realizado correctamente, de manera que su *corrección técnica* podría ser también objeto de debate¹⁵². Pero, además, de otro lado, podría ponerse en duda incluso el propio carácter deductivo de la prueba. En efecto, no todas las pruebas científicas pueden entenderse, a pesar de su apariencia, como pruebas deductivas. Muchas de ellas —por ejemplo, la prueba (positiva) de ADN— son de naturaleza estadística, de modo que no pueden concebirse, en sentido estricto, como pruebas deductivas; aunque si se han realizado bien y se han usado métodos válidos científicamente sus resultados pueden considerarse dignos de toda confianza, razón por la cual se las suele asimilar —desde el punto de vista de su calidad epistemológica— a las pruebas deductivas¹⁵³.

¹⁵¹ Precisamente el problema de la validez científica de estas pruebas ha generado en Estados Unidos un vivo debate. Sobre ello, *vid.*, más adelante, epígrafe 10.b).

¹⁵² De todas formas, no se requiere sólo corrección técnico-científica, sino también corrección —podríamos decir— “técnico-procesal”. Así, a efectos de valorar positivamente el resultado de una prueba dactilar, el problema no es ya la validez científica de la prueba, que podría considerarse absoluta, sino su correcta realización en el laboratorio (corrección técnico-científica) y saber quién tomó la huella, por orden de quién, en qué objeto estaba depositada, en qué punto concreto, etc. (corrección técnico-procesal). Y lo mismo con respecto al análisis de una mancha de sangre, orina, saliva: es importante un detalle exacto de la recogida de las muestras que después han de ser analizadas.

¹⁵³ La más reciente jurisprudencia parece consciente —aunque no sea de modo expreso— de la naturaleza estadística de muchas pruebas científicas, pero también de su elevada fiabilidad. Así, con referencia a la prueba biológica de paternidad se afirma: «las características de las pruebas biológicas en el estado actual del desarrollo de las ciencias de la investigación de la paternidad arrojan unos resultados que pueden estimarse de *alta probabilidad*» (STS 2575/1992, Fundamento Segundo). Más exactamente, «el grado de certeza es absoluto cuando el resultado es negativo para la paternidad; y, cuando es positivo, los laboratorios de medicina legal señalan grados de probabilidad del 99 por 100» (STC 7/1994 FJ 2.º). Y ello no obstante —se afirma— «nos encontramos ante una prueba documental *abrumadoramente demostrativa* de las declaraciones que se incorporan al hecho probado... No es necesario que las pruebas biológicas arrojen un cien por cien de la imputación de la paternidad, ya que es suficiente a efectos valorativos... que arroje... un alto índice de probabilidad que acredita de una manera cierta y segura que

Las observaciones que se acaban de hacer son importantes, pues ponen de manifiesto que, pese al aura de infalibilidad que rodea las pruebas científicas y todas las de naturaleza deductiva, hay que asumir como tesis epistemológica general que el grado de conocimiento que proporcionan es sólo el de probabilidad, por más alta que ésta pueda ser.

b) El problema en la “prueba indirecta”: la naturaleza inductiva del conocimiento

Pero la mayoría de las veces la verdad de los enunciados fácticos con relevancia en el proceso no puede probarse ni mediante juicio empírico directo ni mediante un razonamiento deductivo, sino sólo mediante otro tipo de prueba a la que —para distinguirla de las dos anteriores— hemos denominado *prueba indirecta*¹⁵⁴. Por ejemplo, no puede probarse ni deductiva ni desde luego directamente la verdad del enunciado “A salió de la casa de B alrededor de medianoche” formulado por un testigo. Lo único que prueba “directamente” tal declaración es que “el testigo X dice que A salió de la casa de B alrededor de medianoche”, pero no que “A salió de la casa de B alrededor de medianoche”. Para que esto último resulte probado es necesario acreditar también que el testigo no miente, ni sufrió un error de percepción, ni su certeza sobre los hechos (del pasado) ha sido menoscabada por errores de la memoria¹⁵⁵, pero la acreditación de estas circunstancias se apoya en leyes de naturaleza probabilística —por lo común en máximas de experiencia¹⁵⁶— que, por tanto, no permiten entender tal prueba como “deductiva”. Como tampoco puede probarse ni deductiva ni directamente

se ha producido el hecho del yacimiento y la consecuencia biológica del embarazo» (STS 2575/1992, Fundamento Segundo). Y con referencia a la prueba dactiloscópica, aunque se reconoce que «la eficacia práctica de la dactiloscopia para la identificación ha dependido, exclusivamente, del sistema clasificatorio de los dactilogramas», tal prueba se ha estimado, desde siempre, como suficiente para enervar la presunción de inocencia por gozar “de *absoluta fiabilidad*” (por todas, STS 2814/1993). Todos los subrayados son añadidos.

¹⁵⁴ Que el juicio de hecho, por lo general, no es reconstruible mediante un razonamiento deductivo es algo pacíficamente admitido. Se admite que la subsunción del hecho jurídicamente calificado en el supuesto de hecho abstracto de la norma pueda tener carácter deductivo; y, desde luego, en la justificación de la decisión pueden usarse argumentos deductivos. Pero la fijación de los hechos principales —que después habrán de ser calificados jurídicamente— no se opera, en la mayoría de los casos, mediante argumentos deductivos, *vid.* J. WRÓBLEWSKI, «Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision», cit., pp. 27 ss.; y N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pp. 19 ss.

¹⁵⁵ El juez sólo decide dar crédito a la declaración tras un (a veces) complejo proceso de inferencias e intuiciones —sobre la personalidad del testigo, la calidad de sus percepciones, la forma de su declaración, etc.—, *vid.* P. FERRUA, «Contradditorio e verità nel processo penale», cit., p. 217.

¹⁵⁶ Del tipo: «Si alguien no tiene una clara animadversión frente a aquel en cuyo perjuicio declara, y en su declaración no ha incurrido en contradicciones, y no hay razones para pensar

el enunciado sobre el hecho principal "A mató a B", salvo que el juzgador estuviera presente cuando ocurrieron los hechos; y desde luego un caso paradigmático de prueba indirecta es la de los hechos psicológicos, pues ni las motivaciones ni las intenciones pueden ser observadas o deducidas. En todos estos casos, *la prueba (indirecta) de los hechos supone que el juez reconstruye una hipótesis sobre ellos que sea explicativa de las pruebas obtenidas* (o, más exactamente, de los enunciados probatorios); lo que no siempre es fácil, sobre todo cuando los enunciados probatorios alegados en el curso del procedimiento son contrastantes entre sí y/o cabe más de una hipótesis para explicarlos¹⁵⁷.

Ahora bien, ¿cómo formular una hipótesis sobre hechos no observados a partir de otras aserciones ya verificadas (enunciados probatorios) y que sea explicativa de las mismas?; ¿cuál es la naturaleza "lógica" de este tipo de prueba y, sobre todo, cuál su rendimiento "epistemológico"?

Suele decirse, a este respecto, que la metodología propia de la prueba indirecta de hechos es la *inductiva*¹⁵⁸. Pero existen al menos dos grandes caracterizaciones de la inducción que deben ser distinguidas si quiere evitarse la confusión: la inducción en sentido estricto y la inducción en sentido amplio¹⁵⁹.

que sus facultades de percepción pudieran estar disminuidas, etc., entonces hay razones para pensar que está diciendo la verdad.»

¹⁵⁷ Y ello sin olvidar tampoco que «la hipótesis no se reduce a la afirmación elemental de que el hecho ha sucedido, sino que es una afirmación compleja que hace referencia a los momentos, lugares, modalidades de conducta, intencionalidad del agente, etc.: es decir, la hipótesis... más que un discurso en torno a un hecho singular, es un discurso sobre un hecho complejo», F. M. IACOVELLO, «Breve viaggio all'interno della struttura della motivazione e della logica di un processo di parti», en M. BESSONE y R. GUASTINI (eds.), *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, cit., p. 349. Además, la "complejidad" aumenta cuando el hecho no se reconduce a un evento simple y específico, bien determinado espacio-temporalmente, sino que viene constituido por una conducta, actividad o situación prolongada en el tiempo. Por ejemplo, la correcta administración de una empresa, el uso de una cosa con la normal diligencia, la posesión prolongada con el ánimo de poseer, etc. En estos casos, se presenta incluso un problema previo al de la prueba: el de saber qué es lo que debe probarse para que se dé la condición de aplicación de la norma. Vid. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 122-123.

¹⁵⁸ La concepción de la lógica del procedimiento probatorio como inductiva no es moderna, sino antiquísima. Es más, no es que la lógica del procedimiento probatorio se configure como lógica inductiva, sino más bien al revés: históricamente, parece que «es la metodología de la investigación empírica la que se modela sobre la inducción judicial a través de la configuración de la técnica de la disputa mediante prueba y error» (L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 137). Esta tradición del procedimiento de prueba como procedimiento argumentativo, instalado en la lógica de lo probable, sólo fue interrumpida en el continente europeo por los siglos del sistema inquisitivo, pero fue conservada intacta en el "law of evidence". A. GIULIANI, en cambio, contraponen la concepción de la prueba como *inducción* (concepción moderna) a la prueba como *argumentum* (concepción clásica), «Prova in generale (filosofía del diritto)», en *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, e *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 95 ss.

¹⁵⁹ Vid. A. LALANDE, *Las teorías de la inducción y de la experimentación* (1929), Buenos Aires, Losada, 1944. También C. HEMPEL distingue entre un sentido "estrecho" de inducción y uno "más amplio", *Filosofía de la ciencia natural*, cit., p. 25 ss. Y en análogo sentido, aunque

La inducción *en sentido estricto*, o inducción generalizadora, es un proceso de razonamiento que va de lo particular a lo general (de los hechos a las leyes)¹⁶⁰. Tal y como se dijo en el capítulo anterior, las regularidades causales producto de una inferencia inductiva (en este sentido estricto) sólo proporcionan conocimiento probable. En concreto, el concepto de "causa" no significa que algo es condición suficiente de otra cosa, sino sólo que algo puede conducir *probablemente* a otra cosa. Por tanto, aun siendo válida la ley "Si X, entonces Y", esto sólo significa que, dado X, es muy probable que Y; y nada más: no está excluido que en un caso concreto sea X y no sea Y.

Si se tiene *in mente* la inducción en este sentido estricto, la afirmación de que el conocimiento judicial de hechos es inductivo puede producir perplejidad, pues las leyes causales, producto de una inferencia inductiva, sirven para *explicar* por qué se produce un hecho e incluso para aventurar si en el futuro se producirá o no, pero no sirven para averiguar si se produjo. Sin embargo, la tarea del juez no es (o no directamente) explicar por qué se producen los hechos, sino descubrirlos y *describirlos* tal y como fueron: al juez no le interesa descubrir "leyes" empíricas, sino hechos concretos; su objetivo no es alcanzar reglas que le permitan explicar y predecir el comportamiento, sino conocer cuáles han sido los hechos que han dado lugar al caso. Sólo le interesa saber si A apuñaló a B o no, si C sabía que el objeto que compró era robado, si D entregó a E conscientemente un producto en mal estado, etc.; no le interesa descubrir las regularidades de la naturaleza ni las del comportamiento humano. Sin embargo, en el proceso de "descubrimiento" de los hechos, el juez se sirve de estas regularidades; es decir, se sirve de leyes o reglas de comportamiento del tipo "si X, entonces es probable que Y" (si alguien odiaba profundamente a otra persona que ha aparecido muerta y/o estaba en el lugar del crimen momentos antes del mismo y/o tenía motivos suficientes para desear su muerte y/o le había amenazado de muerte varias veces y/o se ha encontrado sangre de la víctima en su ropa, entonces es probable que la haya matado). Por ello, en la tarea judicial de "descubrimiento" de hechos pasados cabe hablar también de inducción, pero "en un sentido amplio".

Por inducción *en sentido amplio* se entiende todo aquel tipo de razonamiento (y, por tanto, no sólo el que va de lo particular a lo

con distintas expresiones, M. COHEN y E. NAGEL distinguen entre dos modos de inferencia probable: la generalización o inducción y la presunción de hecho, entendiéndose por tal la que nos permite inferir un hecho no observable directamente, *Introducción a la lógica y al método científico*, cit., vol. I, pp. 26-27.

¹⁶⁰ Es muy frecuente caracterizar la inducción de este modo, por oposición a la deducción, que sería entonces el tipo de razonamiento en que se infieren verdades particulares a partir de verdades generales. Este significado de inducción es, por ejemplo, el que está presente en la obra de W. WHEWELL, *The Philosophy of the Inductive Sciences*, cit.

general) en el que las premisas, aun siendo verdaderas, no ofrecen fundamentos concluyentes para la verdad de su conclusión, sino que ésta se sigue de aquéllas sólo con alguna probabilidad, probabilidad que es cuestión de grado y depende de otras cosas ¹⁶¹. En otras palabras, frente a un argumento deductivo, en el que el paso de las premisas a la conclusión es *analítico* (necesario), en el argumento inductivo ese paso es *sinético* (no necesario) ¹⁶².

Precisamente por el carácter no necesario de la inferencia, se considera inducción aquel proceso de razonamiento mediante el cual se “explica” un hecho acreditado por la suposición de otro hecho que no se observa o no puede ser observado, pero que ofrece “algún” fundamento para inferir el primero ¹⁶³; es la también llamada “inducción reconstructiva”. Como hemos dicho, éste es precisamente el modo en que opera la prueba indirecta de hechos, pues en la tarea de “descubrir” los hechos de la causa lo que hace el juez es intentar dar una versión de los mismos que sea explicativa de las pruebas existentes: a partir de las pruebas existentes (*p*) se concluye con un enunciado fáctico sobre los hechos de la causa (*h*) que constituye una hipótesis explicativa de aquéllas ¹⁶⁴. Sirva como ejemplo el siguiente ¹⁶⁵.

*p*1: “El marido de la madre de Hamlet tenía motivos para matar al padre de Hamlet (convertirse en rey de Dinamarca)”.

*p*2: “Ese hombre y su madre se casaron apresuradamente”.

*p*3: “El padre de Hamlet gozó siempre de buena salud”.

h: “El padre de Hamlet no murió de muerte natural, sino que fue asesinado por el marido de su madre”.

¹⁶¹ I. M. COPPI, *Introducción a la lógica*, cit., pp. 25 ss.

¹⁶² M. GARRIDO, *Lógica simbólica*, cit., p. 61.

¹⁶³ H. REICHENBACH, *La filosofía científica*, cit., p. 17. «Las explicaciones son respuestas a la pregunta “¿por qué?”», E. NAGEL, *La estructura de la ciencia*, cit., p. 26.

¹⁶⁴ El término hipótesis tiene distintos significados: 1) hipótesis (en sentido lógico) es un presupuesto, una premisa usada en el razonamiento; 2) hipótesis (en sentido metodológico) es un enunciado o fórmula que ayuda a explicar la experiencia; no es, por tanto, un enunciado acerca de hechos observados o experimentados, sino de hechos no observados; 3) hipótesis (en sentido epistemológico) es una conjetura, un enunciado fáctico probado indirectamente; las pruebas operan como evidencia en favor de una hipótesis, por eso nuevas pruebas (nuevas evidencias) pueden refutar una hipótesis.

Los enunciados fácticos probados indirectamente son hipótesis en los tres sentidos. Son hipótesis en sentido lógico y metodológico antes de ser probados; es decir, cuando se formulan como enunciados que ayudan a explicar e interpretar otras pruebas (sentido metodológico) y se derivan de ellos las correspondientes implicaciones contrastadoras que han de ser corroboradas (sentido lógico). Son hipótesis en sentido epistemológico después de ser probados, pues no son infalibles y están expuestos a la modificación si surgen nuevas pruebas. El sentido epistemológico de hipótesis es aquí el fundamental, pues el principal interés del proceso de conocimiento judicial de hechos es el interés epistémico. *Vid.* sobre los distintos significados del término, M. BUNGE, *La investigación científica*, cit., pp. 249 ss.

¹⁶⁵ Tomo el ejemplo de H. REICHENBACH, *La filosofía científica*, cit., cap. XV: «Interludio: soliloquio de Hamlet», pp. 259-60.

El (enunciado sobre el) hecho no observado *h* con que concluye el procedimiento de prueba indirecta es explicativo de los hechos comprobados *p* porque hay una conexión entre *h* y *p* ($h \rightarrow p$), de modo que, si *h* fuera cierta, tendría sentido (o sería comprensible) *p*:

$$\frac{h \rightarrow p}{h} \\ p$$

Ahora bien, el esquema argumental con que a partir de las pruebas (*p*) y de la conexión entre ellas y la hipótesis ($h \rightarrow p$) se concluye con la hipótesis (*h*) tiene esta forma:

$$(1) \frac{h \rightarrow p}{p} \\ h$$

Es decir, si hay una conexión entre *h* y *p* ($h \rightarrow p$), entonces, siendo *p* verdadera, hay razones para pensar que también lo es *h*. Pero —reparese— este esquema ¹⁶⁶, por sí mismo, no justifica *h*. Mejor dicho, no lo justifica como si de la conclusión de un razonamiento deductivo se tratara, pues, desde el punto de vista de la lógica deductiva, este argumento constituye una falacia: la “falacia del consecuente” ¹⁶⁷. Estamos, por tanto, ante un razonamiento inductivo por el carácter probabilístico de la inferencia, por el modo de relacionarse las premisas y la conclusión.

Cierto que esa inferencia inductiva podría ser invertida en otra inferencia cuya premisa mayor fuesen leyes empíricas aceptadas como verdaderas conforme a la experiencia pasada ($p \rightarrow h$). Sin embargo, eso no cambia la naturaleza inductiva del razonamiento, pues esas leyes no establecen que *h* es condición necesaria de *p* (es decir, que *h* es la única explicación posible de *p*); establecen tan sólo que *h* es una posible explicación de *p*, pero no excluyen en absoluto que *p* pueda ser explicada por otras hipótesis distintas a *h*. En otras palabras, esas leyes empíricas sólo establecen que es probable —de acuerdo con nuestra experiencia pasada— que si se da *p*, se dé también *h*:

Si $p \rightarrow$ es probable *h*

¹⁶⁶ Se trata del esquema hipotético-deductivo, al que ya se ha hecho alusión, consistente en contrastar una hipótesis derivando de ella hechos y comprobando éstos. *Vid.* C. HEMPEL, *Filosofía de la ciencia natural*, cit. El procedimiento hipotético-deductivo es —según M. BUNGE— aquel en que se formula una hipótesis y se deducen luego sus consecuencias con la ayuda de las subyacentes teorías formales, M. BUNGE, *La investigación científica*, cit., p. 253.

¹⁶⁷ *Vid.*, por ejemplo, I. M. COPPI, *Introducción a la lógica*, cit., pp. 265 y 307.

La mayoría de las leyes o regularidades a las que hay que recurrir en el razonamiento de prueba indirecta sólo impropriadamente pueden ser llamadas "causales", en el sentido de si x , entonces siempre y . Presuponen, desde luego, una visión del mundo caracterizada por la uniformidad de los fenómenos¹⁶⁸, pero son leyes "probabilísticas" y, por consiguiente, es imposible asegurar que en el futuro no pueda presentarse un caso en que el consecuente sea distinto. Si a ello se añade que en el ámbito del discurso judicial muchas de estas regularidades son leyes sociales —por tanto leyes sobre la acción humana "libre"— y sobre todo máximas de experiencia basadas en el *id quod plerumque accidit*¹⁶⁹, entonces la naturaleza probabilística de la implicación se muestra todavía más clara, pese a la apariencia deductiva del argumento:

$$(2) \frac{p \rightarrow \text{es probable } h}{p} \quad [\text{es probable}]$$

$$h$$

Tal vez debido a esta apariencia deductiva del argumento no ha sido infrecuente que los juristas atribuyesen a sus resultados el valor de una consecuencia necesaria. Pero esto es un error. Ningún argumento silogístico puede transmitir a la conclusión una certeza superior a la de la menor de sus premisas. Por eso es claro que de un silogismo cuya premisa mayor es una ley probabilística no puede derivar más que una consecuencia probable. Es decir, un silogismo de este tipo es una clase de inducción¹⁷⁰; aunque ahora no por el modo en que

¹⁶⁸ Ésta es, en efecto, la única razón para que nuestra experiencia de los hechos pueda constituir legítimamente la base de las reconstrucciones del pasado y de las previsiones del futuro, S. C. DE MICHELE, voz «Indizio», en *Digesto delle Discipline Penaliistiche*, VI, Torino, UTET, 1992, p. 381.

¹⁶⁹ Recuérdese lo que afirmaba E. NAGEL con respecto al bajo grado de probabilidad de las leyes sociales: la imposibilidad de identificar todas las variables que entran en juego en la conducta humana, que hace que no se puedan enunciar todas las condiciones de las que ésta depende, unido al elemento "volitivo" presente en la misma, hace que hayamos de ser sumamente cautelosos con la validez de las regularidades contenidas en estas leyes; *La estructura de la ciencia*, cit., pp. 453 ss.

Respecto a las "máximas de experiencia", y contrariamente a lo mantenido en el texto, no ha sido infrecuente su consideración como leyes aptas para fundar un juicio de hecho deductivo (demostrativo), en el que la máxima de experiencia sería la premisa mayor. Ya se sugiere o auspicia esta posibilidad en la clásica obra de F. STEIN, punto de referencia en el estudio de las máximas de experiencia, *El conocimiento privado del juez* (1893), trad. A. de la Oliva, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

Sobre la imposibilidad de fundar una concepción "deductiva" de la prueba a partir de máximas de experiencia, vid. M. NOBILI, «Nuove polemiche sulle cosiddette "massime d'esperienza"», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1969, pp. 123 ss; y M. TARUFFO, «Certeza e probabilità nelle presunzioni», *Foro italiano*, 1974, pp. 83 ss.

¹⁷⁰ Pese a ello, lo corriente es que los pronunciamientos jurisprudenciales aludan directamente al carácter deductivo del razonamiento en materia de prueba indirecta. Como si la

se relacionan las premisas y la conclusión, sino por la forma lógica de una de las premisas¹⁷¹.

La inferencia probabilística consistente en adoptar una hipótesis explicativa de ciertos hechos —que constituye el armazón de la prueba indirecta— ha sido expresada sobre todo por Charles S. PEIRCE y N. R. HANSON en términos de *abducción* o *hipótesis* o *retroducción*, como un tipo de razonamiento "hacia atrás", a lo Sherlock Holmes¹⁷², distinto no sólo de la deducción, sino también de la inducción¹⁷³; mientras que la *abducción* —sostiene PEIRCE— es el paso consistente en adoptar una hipótesis que conduzca a la predicción de lo que aparentemente son hechos sorprendentes, la *deducción* es el paso a través del cual se llega a las consecuencias experimentales de nuestra hipótesis y la *inducción* el paso consistente en probar experimentalmente la hipótesis¹⁷⁴. No obstante, pese a la diferente denominación, creo que la

naturaleza inductiva de la prueba no hubiera calado en la práctica forense, sobre todo en la del Tribunal Supremo. Pero también el Tribunal Constitucional: SSTC 140/1985, FJ 3.º; 145/1985, FJ 2.º; o 175/1985, cuyo FJ 5.º reitera constantemente este carácter deductivo: a propósito de la prueba indiciaria, «surge la cuestión de determinar si el órgano judicial debe razonar su actividad deductiva»; el razonamiento judicial en la prueba indiciaria ha de expresarse, «pues de otro modo ni la *subsunción* estaría fundada en Derecho... ni habría manera de... determinar si el proceso deductivo es arbitrario; en definitiva, «en la operación deductiva deberán señalarse...» (subrayados añadidos).

¹⁷¹ Como afirma C. HEMPEL, hay dos clases de leyes desde el punto de vista lógico: las leyes universales, que establecen que en todos los casos en que se da F se da también G; y las leyes probabilísticas, que afirman que, si se da F, se producirá también G en un porcentaje de casos. La distinción es "lógica" y no tiene que ver con la fuerza del apoyo empírico de que gocen: pueden ser verdaderas o falsas, gozar de un apoyo sólido o pobre, pero su estructura lógica seguirá siendo la que es, *Filosofía de la ciencia natural*, cit., p. 102.

¹⁷² Sobre las analogías entre el razonamiento abductivo y el detectivesco vid. U. Eco y Th. SEBEOK (eds.), *El signo de los tres. Dupin, Homes y Peirce* (1983), trad. E. Busquets, Barcelona, Lumen, 1989.

¹⁷³ Abducción es el argumento que (con el nombre de "reducción" o "retroducción") ya ARISTÓTELES contraponía no sólo a la deducción, sino también a la inducción (*Primeros analíticos*, II, hay trad. de M. CANDEL en *Tratados de lógica (Organon)*, Madrid, Gredos, 1988). Y, respetando la terminología aristotélica, J. LUKASIEWICZ habla también de un razonamiento "reductivo" para dar cuenta de la prueba indirecta (vid. I. M. BOCHENSKI, *Los métodos actuales del pensamiento* (1954), Madrid, Rialp, 15.ª ed., 1985). Ch. S. PEIRCE, *Collected Papers*, cit., 5.171 y 5.189, pp. 106 y 117, habla de abducción, pero mantiene la distinción aristotélica con el argumento inductivo, como generalización a partir de un número de casos de los que algo es verdad; y N. R. HANSON, sobre las huellas de PEIRCE, distingue también entre abducción e inducción, *Patrones de descubrimiento*, cit., pp. 25 ss., 51 ss. y 182 ss. En realidad, es un lugar común en la literatura sobre el tema la afirmación de que, además de la inducción y la deducción, existe «un tipo de inferencia en la que apenas se repara: la inferencia abductiva, presuntiva o indiciaria. En ella se muestra la capacidad de desarrollar un razonamiento "hacia atrás"; un razonamiento que lleva del consecuente al antecedente, una "retroducción"», M. CALVO, *Derecho y narración*, cit., p. 9. Sobre los rasgos distintivos de este "pensar hacia atrás" al objeto de reconstruir la verdad de los hechos, vid. E. FASSONE, «Quaestio facti» y «Qualche riflessione in tema di prova», ambos en M. BESSONE y R. GUASTINI (eds.), *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, cit., pp. 315-341.

¹⁷⁴ Vid. Ch. S. PEIRCE, *Collected Papers*, cit., 7.202, 7.203 y 7.206.

abducción nos sitúa en el discurso de la que hemos denominado inducción en sentido amplio ¹⁷⁵.

La abducción es, en efecto, igual que la prueba indirecta de hechos que hemos caracterizado como una forma de inducción, un razonamiento que consiste en hacer conjeturas razonables —o avanzar hipótesis probables— a propósito de unos hechos, a partir de una regla y unos hechos ciertos ¹⁷⁶: se observa un hecho sorprendente p ; si h fuese verdadera, explicaría que se haya producido p ; por tanto, hay razones para pensar que h es verdadera. Es decir, a partir de unos hechos p y de una regla cuyo consecuente son esos hechos ($h \rightarrow p$), se reconstruyen los hechos que constituyen el antecedente de la regla (h) y que, de ser ciertos, explicarían por qué se ha producido p .

El esquema argumental del razonamiento abductivo con el que se concluye h es, pues, el siguiente:

$$(3) \quad \frac{h \rightarrow p}{p} \\ \frac{\quad}{h}$$

Se trata, en realidad, de un argumento idéntico al esquema 1 ¹⁷⁷ y susceptible, por consiguiente, de ser reconstruido en forma silogística como el esquema 2 ¹⁷⁸. No hay, por tanto, diferencia entre inducción y abducción. En ambos casos se trata de argumentos inductivos, pues, aun siendo verdaderas las premisas, la conclusión no pasa de ser una conjetura.

No obstante lo dicho, muchas veces se distingue entre abducción e inducción, atribuyendo a aquélla el *status* de estructura del descubrimiento (por eso se dice que va de los hechos a las hipótesis) y

¹⁷⁵ Vid. también L. GIANFORMAGGIO, «Certeza del diritto, coerenza e consenso», cit., pp. 479 ss. La posición de PEIRCE no siempre resulta clara, y así, en algunos pasajes de su obra, también parece que la abducción es un tipo de inducción, en concreto la que aquí hemos llamado “inducción en sentido amplio”, por oposición a la inducción generalizadora o “en sentido estricto” («Deducción, Inducción e Hipótesis» (1878), en *Deducción, Inducción e Hipótesis*, trad. de J. Martí Ruiz-Werner, Buenos Aires, Aguilar, 1970, p. 86). Vid., en este sentido, R. DE ASÍS, *Sobre el razonamiento judicial*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, p. 20, nota 59.

¹⁷⁶ La abducción, según Ch. S. PEIRCE, tiene lugar «cuando encontramos alguna circunstancia muy curiosa que se explicaría por la suposición de que fuera un caso de cierta regla general, y en consecuencia adoptamos esa suposición», *Deducción, Inducción e Hipótesis*, cit., pp. 69-70. Consiste, en fin, en observar un hecho y aventurar qué es lo que da lugar a ese hecho, *Collected papers*, cit., 5.581 y 5.602, pp. 404 y 420.

¹⁷⁷ También L. GIANFORMAGGIO: la abducción es “la falacia de afirmación del consecuente”, «Certeza del diritto, Coerenza e Consenso», cit., p. 479.

¹⁷⁸ Con razón afirma L. GIANFORMAGGIO que «un silogismo con una “máxima de experiencia” como premisa mayor [vid. nuestro esquema (2)] no es otra cosa que una abducción en cuya premisa mayor se han invertido antecedente y consecuente», L. GIANFORMAGGIO, *op. cit.* en nota anterior, p. 483. Vid. también R. DE ASÍS, *Sobre el razonamiento judicial*, cit., pp. 44 ss.

a ésta el de estructura de la justificación (que iría de las hipótesis a los hechos) ¹⁷⁹. Y lo cierto es que la mayoría de los análisis sobre la abducción están animados por la búsqueda de una “lógica del descubrimiento” distinta de la lógica de los procedimientos de validación o aceptación de hipótesis, que sería el campo de la inducción y se ajustaría al esquema hipotético-deductivo. Una lógica del descubrimiento, por tanto, que permita arribar a explicaciones fructíferas y que se funde en criterios “razonables” que no se reduzcan a una mera especulación psicológica.

La cuestión es expuesta por HANSON con suficiente claridad: «la interpretación hipotético-deductiva parece iluminar nuestras ideas de contrastación de hipótesis... El acento retroductivo, sin embargo, se centra más en los aspectos conceptuales de la resolución de problemas. El dato primario de esto último es la *anomalía*, la ocasión sorprendente que anima nuevas investigaciones. La consideración directora dentro del pensamiento hipotético-deductivo es la exposición bien formada de la *solución* del problema. Ésta es una respuesta a la pregunta “¿qué se sigue de estas premisas...?”. La pregunta directora en el pensamiento retroductivo es “¿de qué premisas puede mostrarse que se sigue esta anomalía?”. Se trataría por ello de un discurso distinto, «por un lado, de las tendencias “formalizadoras” de los axiomatizadores de la “escuela” hipotético-deductiva, y, por otro, de las charlas psicológicas... que se ocupan de los procesos de pensamiento y de los condicionamientos psicológicos de los descubrimientos». En suma, ni pura reconstrucción lógica ni recital psico-factual ¹⁸⁰.

Sea como fuere, hasta el momento parece que estas loables pretensiones no han dado sus frutos. Tal vez porque la formulación de hipótesis o conjeturas incorpora un ineliminable momento de “crea-

¹⁷⁹ La *inducción* —insiste PEIRCE— mide el grado de concordancia de la teoría con los hechos; nunca puede dar lugar a ninguna idea, como tampoco la deducción. Las ideas llegan a través de la *abducción*. Los razonamientos abductivo, inductivo y deductivo son completamente irreductibles entre sí, *Collected Papers*, cit., 5.145, p. 90.

Y también para N. R. HANSON la *inducción* tiene que ver con las razones para aceptar una hipótesis, para decir que es verdadera; con el contexto de justificación. La *abducción*, en cambio, tiene que ver con las razones para sugerir una hipótesis, para decir que es plausible; con el contexto de descubrimiento, *Patrones de descubrimiento*, cit., p. 183, núm. 48.

Ésta parece ser también la tesis mantenida, ya en el plano judicial, por P. ANDRÉS IBÁÑEZ, quien estima, en consonancia con ello, que mientras los razonamientos del tipo “Sherlock Holmes” son abductivos, los del juez son inductivos, ya que «en el punto de partida existe ya una hipótesis (la hipótesis acusatoria)», «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», cit., p. 276. Este rasgo de la tarea judicial, sin embargo, es puramente contingente y obedece a una división institucional del trabajo.

Sobre la abducción como método de descubrimiento opuesto a la justificación, vid. P. R. BONORINO, «Sobre la abducción», *Doxa*, 14, 1993, pp. 207 ss.

¹⁸⁰ N. R. HANSON, *Patrones de descubrimiento*, cit., p. 53.

ción” difícilmente subyugable a reglas ¹⁸¹. O tal vez simplemente porque la propuesta de HANSON —como la de PEIRCE— no exige nada que “razonablemente” no se exija de cualquier explicación; a saber: que explique (o haga comprensibles) los fenómenos que plantean el problema. HANSON —igual que PEIRCE—, en efecto, reproduce la “retroducción” como una inferencia de la siguiente forma:

1. Se observa cierto fenómeno sorprendente, P.
2. P sería explicable claramente si H fuera cierta.
3. Por tanto, hay razones para pensar que H es cierta ¹⁸².

La única “lógica del descubrimiento” presente en este esquema parece consistir en exigir que H haga inteligible a P. Sorprende por ello la insistencia de HANSON en que la retroducción constituye una verdadera lógica del descubrimiento, pues el esquema retroductivo pone más bien al descubierto la dosis de “creatividad” del descubrimiento de hipótesis explicativas. Las palabras de C. S. PEIRCE en este punto resultan esclarecedoras de lo que acaba de decirse: «la abducción consiste en estudiar los hechos e *inventar (devising)* una teoría que los explique. Su única justificación reside en que, si hemos de llegar a entender las cosas, deberá ser de esta forma» ¹⁸³. Y, pese a ello, la insistencia —si bien en PEIRCE no exenta de vacilaciones— en que la abducción, «aunque escasamente limitada por reglas lógicas es, no obstante, una inferencia lógica» ¹⁸⁴. No parece necesario añadir nada más al respecto.

De todas formas, tampoco puede despacharse la viabilidad de una lógica del descubrimiento negándola sin más. En el fondo de esta negación subyace un cierto modo de interpretar la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación. Muchas veces, en efecto, quienes mantienen la distinción entre ambos contextos identifican el descubrimiento (o sea, la formulación o sugerencia de hipótesis) con el campo de la pura creatividad, reservando la racionalidad para la justificación (o sea, la validación o aceptación de las hipótesis). Así, se afirma, el contexto de descubrimiento —en cuanto proceso de concebir una idea— “ni exige análisis lógico ni es susceptible de él”; el contexto de justificación, por el contrario, es el campo de la lógica del conocimiento y la epistemología, una lógica que —en contraposición a la psicología del conocimiento— consiste solamente «en la investigación de los métodos empleados en las contrastaciones siste-

¹⁸¹ «Nadie ha pretendido nunca establecer un conjunto de reglas para la invención o el descubrimiento de hipótesis. Es probable también que nadie pueda nunca establecerlas, pues éste es el aspecto *creador* de la empresa científica. La capacidad de crear es una función de la imaginación y del talento de una persona, y no puede reducirse a un proceso mecánico», I. M. COPI, *Introducción a la lógica*, cit., p. 488.

¹⁸² N. R. HANSON, *Patrones de descubrimiento*, cit., p. 185.

¹⁸³ Ch. S. PEIRCE, *Collected papers*, cit., 5.145, p. 90, subrayado añadido.

¹⁸⁴ *Ibidem*, 5.188, p. 116.

máticas a que debe someterse toda idea nueva antes de que se la pueda sostener seriamente» ¹⁸⁵. De este modo, junto a la dicotomía entre la justificación y el descubrimiento se traza otra dicotomía entre lo racional (el campo de la lógica) y lo puramente arracional o creativo.

Pero esta distinción entre descubrimiento y justificación parece demasiado tajante ¹⁸⁶ y no toma en cuenta que en el proceso de formulación o descubrimiento de una hipótesis están también presentes elementos de aceptación de la misma: en el proceso de descubrimiento se lleva a cabo la elección de la hipótesis y la valoración de sus posibilidades de verificación ¹⁸⁷. En otras palabras, descubrir es conocer algo, y el conocimiento requiere justificación ¹⁸⁸; por eso, «no nos referimos usualmente a una propuesta como un descubrimiento a menos que haya pasado suficientes pruebas... El contexto de justificación es así parte del contexto de descubrimiento y no puede trazarse ninguna línea tajante entre descubrimiento y justificación» ¹⁸⁹.

Podría decirse, por tanto, que el proceso de “descubrimiento” de una hipótesis no es estrictamente independiente del proceso para su

¹⁸⁵ K. POPPER, *La lógica de la investigación científica*, cit., pp. 30-31. Por lo demás, ésta es la interpretación de ambos contextos propia de todo el empirismo lógico, que reduce el dominio de la epistemología al contexto de justificación, pues el contexto de descubrimiento es el ámbito de la historia, la sociología, la psicología, pero no de la metodología. Al respecto, H. REICHENBACH, *Experience and Prediction*, cit., § 1, uno de los principales representantes del empirismo lógico y a quien se atribuye la paternidad de estas expresiones.

Precisamente por ello, N. R. HANSON, empeñado en la búsqueda de una “lógica del descubrimiento”, reprocha a los “teóricos hipotético-deductivos” que hayan concebido el procedimiento para sugerir una hipótesis (la abducción) como asunto de pura psicología o sociología, *Patrones de descubrimiento*, cit., pp. 51 ss. y p. 183, núm. 48.

¹⁸⁶ Sobre los distintos modos de interpretar la distinción entre descubrimiento y justificación *vid.* T. MAZZARESE, «Scoperta vs. giustificazione. Una distinzione dubbia in tema di decisioni giudiziali», en *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (coords.), Torino, Giappichelli, 1995.

Frente a la *distinción en sentido fuerte* (el descubrimiento es arracional o incluso irracional, y por ello no es posible una lógica del descubrimiento), opone la autora la *distinción en sentido débil* (la racionalidad del conocimiento viene garantizada por la justificabilidad de las teorías científicas, pero no se excluye alguna forma de racionalidad propia del descubrimiento), o la *negación de la distinción* (el descubrimiento es el campo de la epistemología, que tiene por objeto la articulación de una lógica del descubrimiento), pp. 159 ss.

¹⁸⁷ No puede quitársele a HANSON su punto de razón al sostener que el descubrimiento de hipótesis está sujeto a ciertas condiciones: como mínimo, que explique los fenómenos que plantean la dificultad, *Patrones de descubrimiento*, cit., pp. 52 ss. y 174 ss.

Y el propio PEIRCE, consciente de que la sola abducción no da seguridad, sugiere que la hipótesis debe ser verificada; y que esta verificación, para ser válida, ha de considerar todos los tipos de consecuencias que se seguirían de su verdad, *Collected Papers*, cit., 6.470.

I. SCHEFFLER habla a este respecto de “creencia responsable”; es decir, creencia justificada por el razonamiento lógico y las pruebas objetivas, a diferencia de las creencias que no se mantienen “responsablemente”, *Science and Subjectivity*, Indianápolis, Bobbs-Merrill, 1967.

¹⁸⁸ G. GUTTING, «The Logic of Invention», en Th. NICKLES (ed.), *Scientific Discovery, Logic and Rationality*, Dordrecht, D. Reidel, 1980, p. 221.

¹⁸⁹ H. I. BROWN, *La nueva filosofía de la ciencia*, cit., p. 169.

“validación”, pues ambos forman parte de una misma metodología inductiva¹⁹⁰. Por eso, incluso quienes adoptando para el conocimiento judicial de hechos pasados el modelo hipotético-deductivo (inductivo) resaltan su carácter de esquema de validación y no de descubrimiento¹⁹¹, no pueden dejar de señalar que la “búsqueda inductiva” de pruebas se caracteriza porque «está siempre guiada por una hipótesis de trabajo; y la formulación de las hipótesis, a su vez, siempre actúa en función de alguna confirmación disponible o esperada»¹⁹². En el fondo, esto no es más que una consecuencia del destacado papel que las pruebas (las aserciones ya verificadas) juegan sobre el proceso de construcción del conocimiento. Al principio del procedimiento, las pruebas (p_1) desempeñan ya una primera función de sugerir, estimular o *inducir* una hipótesis¹⁹³ ($p_1 \rightarrow h$) de la cual aquellas pruebas primeras (pero también otras muchas) *se deducen lógicamente* ($h \rightarrow p_1 p_2$). Es entonces cuando esas pruebas primeras (p_1) y las otras pruebas (p_2) desempeñan una segunda función; a saber: la corroboración de la hipótesis (h), su *validación* o aceptación. Entonces la hipótesis se encuentra confirmada mientras no aparezcan nuevas pruebas que estén en contradicción con las derivadas de la hipótesis y, en consecuencia, con la hipótesis misma¹⁹⁴.

Desde luego, esta presencia de la justificación en el descubrimiento no significa que hay algo así como una lógica del descubrimiento que permitiría —en base a una serie de estándares racionales— obtener hipótesis de éxito, pues sigue siendo cierto que en el descubrimiento —junto a la parte “lógica” (expectativas de justificación o validación)— hay una parte creativa que no es lógica. Significa

¹⁹⁰ Para algunos, incluso, no es sólo el proceso de descubrimiento el que está impregnado de justificación, sino también a la inversa: también en la evaluación de hipótesis «influyen factores personales, sociales e históricos... Y en este sentido, no hay diferencias notables —como decía FEYERABEND— entre el proceso de creación de nuevas hipótesis... y el de su evaluación posterior; es decir, entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación», S. ÁLVAREZ, «Racionalidad y método científico», cit., pp. 166-67.

Esta absoluta confusión de ambos contextos, sin embargo, no parece aceptable.

¹⁹¹ Por ejemplo, L. FERRAJOLI: «No disponemos de un método de descubrimiento o de verificación, sino sólo de un método de confirmación y de refutación. Un descubrimiento —sea del científico, del historiador o del detective— ... es siempre un hecho creativo confinado a la imaginación y a la invención», L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 143.

¹⁹² *Ibidem*, p. 145: «Al afrontar un problema no se registran indistintamente todos los datos y los hechos del mundo, sino sólo aquellos *relevantes* respecto de una o varias hipótesis de solución; y no se parte de todas las hipótesis imaginables, sino sólo de aquellas plausibles, aunque sólo sea lejanamente».

¹⁹³ «En el esquema de construcción del conocimiento... el papel que representan los enunciados de observación [traduzcámoslo nosotros por “las pruebas”] es, en primer lugar, el de estar temporalmente al principio de todo proceso, estimulándolo e impulsándolo», M. SCHLICK, «Sobre el fundamento del conocimiento», en *El positivismo lógico* (A. J. Ayer, comp.), cit., p. 266.

¹⁹⁴ Al final del proceso de conocimiento, las pruebas «consuman la verificación positiva o la negativa (la refutación)... El placer del conocimiento es el placer de la verificación, el sentimiento triunfal de haber conjeturado correctamente». Y eso es lo que nos proporcionan las pruebas, *Ibidem*, p. 228.

tan sólo que aunque la formulación de hipótesis no se ajuste a los estándares de ningún procedimiento mecánico, tampoco está exenta de racionalidad: la exigida por los esquemas de aceptación y validación. No se trata, por supuesto, de una racionalidad deductiva; es decir, de una racionalidad basada en relaciones necesarias. Pero no hay razón alguna para limitar nuestro concepto de racionalidad a una lógica de relaciones necesarias. De otro modo tendríamos que concluir que la mayor parte de nuestras actuaciones cotidianas son irracionales.

Cuando se habla de la imposibilidad de una lógica del descubrimiento se está pensando más bien en la imposibilidad de una lógica inductiva que diera cuenta, con la certeza de una inferencia deductiva, del “salto” creativo o informativo presente en la inducción. Y en esto, desde luego, tenemos que convenir: el conocimiento inductivo ni se ajusta a un procedimiento mecánico ni puede garantizar la certeza absoluta¹⁹⁵. Pero si se rebajan los niveles de exigencia podría hablarse —aunque tal vez forzando un tanto los términos— de una lógica del descubrimiento o de la inducción¹⁹⁶, entendiéndolo por ella *el cumplimiento, en la formulación de hipótesis, de los estándares de aceptabilidad de las mismas*.

Ahora bien, la idea de que en el descubrimiento está presente la justificación requiere alguna aclaración en el ámbito jurídico. Los planteamientos comentados, provenientes de la epistemología científica, identifican el *descubrimiento* con la *formulación o sugerencia* de hipótesis y la *justificación* con su posterior *comprobación o verificación*. Sin embargo, la trasposición mecánica de esta distinción al campo judicial resulta problemática¹⁹⁷; y ello al menos por dos razones. Primero, porque la mayoría de las veces el juez cuenta ya con una hipótesis de partida (o incluso con más de una): la planteada por la parte actora

¹⁹⁵ También C. HEMPEL recuerda que la inducción es a veces concebida como un procedimiento mecánico que se desarrollaría en base a unos cánones efectivos de descubrimiento; «sin embargo, en este momento, no disponemos de ese procedimiento general y mecánico de inducción»; es más, nunca podremos disponer de él, porque la inferencia de hipótesis “requiere imaginación creativa». La inducción, en realidad, «supone la aceptación de hipótesis sobre la base de datos que no las hacen deductivamente concluyentes, sino que sólo les proporcionan un “apoyo inductivo” más o menos fuerte, un mayor o menor grado de confirmación», *Filosofía de la ciencia natural*, cit., pp. 31, 33 y 37. No obstante, HEMPEL distingue entre el descubrimiento (o invención) de las hipótesis y su validación, que es el campo de las reglas inductivas.

Sobre la naturaleza de la inducción como proceso de descubrimiento y su imposibilidad de estructurarse según reglas precisas, es clásica la cita de W. WHEWELL, *Novum Organum Renovatum*, 3.ª ed., London, J. Parker and Son, 1858, que es la parte metodológica de su *Philosophy of the Inductive Sciences*, cit.

¹⁹⁶ También H. I. BROWN estima que el argumento general en contra de la posibilidad de una lógica del descubrimiento funciona «sólo si asumimos que una lógica debe ser un conjunto de reglas mecánicas», *La nueva filosofía de la ciencia*, cit., p. 170.

¹⁹⁷ Sobre la distinción entre contexto de descubrimiento-contexto de justificación y lo problemático de trasladarla al campo de la argumentación jurídica, vid. T. MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, Giappichelli, 1996.

en el proceso civil o por la acusación en el proceso penal. Segundo, y conectado con lo anterior, porque si la distinción fuese la arriba comentada tendríamos que decir que, en el ámbito del proceso penal acusatorio, por ejemplo, la instrucción es el ámbito del descubrimiento y el juicio oral el ámbito de la justificación¹⁹⁸; como si la tesis fáctica en que se basa la decisión de acusar no tuviera que justificarse también.

La trasposición de esta distinción al campo de la prueba comporta, pues, algunos cambios en la manera de entenderla. En la actividad judicial, la atención se proyecta no sobre el momento de formulación o sugerencia de una hipótesis, sino sobre el momento de adopción de una decisión (la consistente en afirmar que “la hipótesis *h* es verdadera o plausible”), razón por la cual se habla muchas veces de “contexto de decisión” y no de contexto de descubrimiento¹⁹⁹. Por eso, la distinción apropiada en el ámbito judicial tiene que ver no con la función que se realice (formular-sugerir o comprobar-verificar), sino con el punto de vista desde el que se analice la afirmación “la hipótesis *h* es verdadera o plausible”, afirmación que puede ser el resultado de la comprobación o verificación de una hipótesis con la que el juzgador ya se encuentra, o de la formulación de una hipótesis nueva: hablamos de contexto de descubrimiento cuando nos preguntamos *cómo se ha llegado* a esa afirmación; hablamos de contexto de justificación cuando nos preguntamos *cuáles son las razones* que justifican esa afirmación. En suma, descubrimiento y justificación son contextos de análisis que se proyectan, sea sobre la formulación de hipótesis nuevas, sea sobre la comprobación o verificación de hipótesis ya dadas. De manera que la idea de que en el descubrimiento está presente la justificación ha de entenderse referida no sólo a la formulación de hipótesis nuevas, sino también a la comprobación o verificación de hipótesis ya existentes.

Aclarado este punto podemos decir, para concluir, que, para dar cuenta del procedimiento de prueba indirecta, tanto da que se hable de inducción o de abducción, pues el razonamiento que se sigue en ambos casos es sustancialmente el mismo: a partir de las pruebas (o, más propiamente, enunciados probatorios) y de ciertas regularidades causales (a menudo simples máximas de experiencia) se reconstruye una hipótesis sobre los hechos que explique esas pruebas mejor que cualquier otra hipótesis. Como esas regularidades causales son leyes probabilísticas y como, además, algunas de esas pruebas han sido, a su vez, obtenidas de manera mediata, la hipótesis explicativa de los hechos tiene el carácter de probabilidad. Muy simplemente: *la declaración de hechos probados no es infalible*. En sentido estricto, lo más

¹⁹⁸ Precisamente porque asume este esquema, L. FERRAJOLI entiende que el juez (en la fase oral) se encuentra ya con una hipótesis (la hipótesis acusatoria) y su actividad se reduce a la comprobación o verificación de la misma.

¹⁹⁹ Vid. G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, cit., pp. 55-56.

que puede decirse es que la prueba indirecta concluye con la construcción de un *supuesto*, es decir, de «un enunciado que consideramos verdadero aun cuando no sabemos si lo es o no»²⁰⁰, y que el grado de probabilidad suministrará un buen criterio para su justificación. Ello no significa que no puedan tratarse los supuestos como verdaderos; es más, hay buenas razones para esperar que el resultado de una inducción rigurosa sea fidedigno. Significa tan sólo que, dado que el conocimiento inductivo es siempre conocimiento probable, el resultado de la inducción puede ser falso.

Finalmente, esta constatación no deja de tener consecuencias para el modelo judicial de fijación de los hechos. En un modelo cognoscitivista, si se admite la naturaleza falible de los enunciados fácticos probados indirectamente, se hacen necesarias algunas reglas metodológicas con el fin de aproximar, en la mayor medida posible, esos enunciados a la verdad. Precisamente por ello podemos llamar a estas reglas *reglas epistemológicas o garantías de verdad*:

- (ii) Para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico es necesaria prueba del mismo, sea ésta directa, deductiva o indirecta.
- (iii) Cualquier elemento que permita aportar información relevante sobre los hechos que se juzgan debe poder usarse.
- (iv) Se proscribire el esquema de valoración tasada y se impone el de libre valoración, interpretado como un principio metodológico (negativo) que permite al juzgador no dar por probados enunciados fácticos que estime insuficientemente probados.
- (v) No existen pruebas suficientes. Cualquier prueba relevante es necesaria, y, por tanto, debería ser admitida.
- (vi) Es necesario ofrecer la posibilidad de refutar las hipótesis (requisito de la contradictoriedad).
- (vii) Si a la vista de nuevas pruebas pudiera revisarse la declarada verdad o falsedad de un enunciado, debe hacerse.

7) EL CONOCIMIENTO INDUCTIVO JUDICIAL Y SUS DIFERENCIAS CON OTROS TIPOS DE CONOCIMIENTO INDUCTIVO

A fin de definir con mayor precisión los rasgos que caracterizan el conocimiento judicial de hechos, y tras subrayar su naturaleza inductiva, tal vez sea esclarecedor resaltar algunas notas que lo distinguen de otros tipos de conocimiento que también tienen naturaleza inductiva: su carácter ideográfico y, sobre todo, su carácter institucionalizado.

²⁰⁰ H. REICHENBACH, *La filosofía científica*, cit., p. 249.

a) El conocimiento judicial de hechos como discurso “ideográfico”

De conocimiento inductivo podemos hablar, desde luego, para referirnos al conocimiento judicial de hechos. Pero no sólo. En realidad, todo conocimiento sintético —y en particular el del científico, el del historiador y el del detective— se basa en mayor o menor medida en razonamientos inductivos²⁰¹. En efecto, a diferencia del conocimiento analítico —que garantiza la certeza absoluta pero que en sí mismo es vacío, pues no proporciona información adicional—, el conocimiento sintético aumenta nuestro grado de información, pero no garantiza una certeza incuestionable: el criterio básico del conocimiento sintético es la observación de los hechos, pero, dado que los hechos sólo pueden observarse mientras suceden, cuando se trata de conocer hechos pasados o de predecir hechos futuros la base del conocimiento sintético es (casi siempre) el razonamiento inductivo. De todas formas, no todos los modelos de conocimiento que se basan en la inducción comparten idénticas características. En el objetivo de conocer hechos pasados o futuros, dichos modelos presentan diferencias, algunas de las cuales pueden influir en la calidad del conocimiento obtenido.

Echando mano de una terminología muy difundida entre ciencias *nomotéticas* y ciencias *ideográficas*²⁰², cabe hacer una primera distinción entre los cuatro tipos de conocimiento inductivo mencionados en función del *objeto* que persiguen. Ciencias “nomotéticas” son aquellas cuya finalidad es establecer leyes generales repetibles indefinidamente; ciencias “ideográficas” aquellas cuya finalidad es dar cuenta de los sucesos únicos e irrepetibles. En realidad, la distinción pretende diferenciar entre las ciencias de la naturaleza y algunas ciencias sociales, por un lado (discursos “nomotéticos”), y la historia, por otro (discursos “ideográficos”).

Asumiendo esta distinción, y dado que la actividad judicial de fijación de los hechos y la del detective se encaminan también a investigar un hecho único e irrepetible del pasado, podríamos calificar a estas actividades, a diferencia de la científica y junto con la historiográfica, como “ideográficas”; o, si se quiere, la *verdad judicial* es un tipo particular de *verdad histórica*²⁰³. Tal vez pudiera objetarse que esta iden-

²⁰¹ Aunque con diferente terminología, U. Eco expone la misma idea: los descubrimientos científicos, las investigaciones médicas y criminales, las reconstrucciones históricas son todos casos de *pensamiento conjetural*, «Cuernos, cascos, zapatos: algunas hipótesis sobre tres tipos de abducción», en *El signo de los tres*, cit., p. 275.

²⁰² La terminología es de W. WINDELBAND, «Geschichte und Naturwissenschaft», reimp. en *Präjudien*, 5.ª ed., Tübingen, 1915, vol. 2, pp. 136-60. Tomo la cita de E. NAGEL, *La estructura de la ciencia*, cit., p. 492.

²⁰³ «La ciencia por lo general es nomotética y el tribunal está interesado por los hechos concretos que son propios de la historia concebida de una forma ideográfica», J. WROBLEWSKI, «La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación», cit., p. 185. Sobre la verdad judicial

tificación entre el discurso del juez, el del detective y el del historiador no es posible porque, a diferencia de la historia —como explicación de sucesos humanos—, la actividad del juez y la del detective no se encaminan tanto a “comprender por qué” sucedieron los hechos cuanto a “averiguar qué hechos” sucedieron. Sin embargo, quien así argumentara olvidaría que tanto en la historia como en la actividad judicial y detectivesca están presentes y se entrecruzan muchas veces ambos aspectos: el de simple averiguación de los hechos y el de comprensión de los mismos. Así pues, a diferencia de las ciencias “nomotéticas”, cuya finalidad es el descubrimiento de leyes generales, las actividades del historiador, del juez y del detective son “ideográficas”, porque se enderezan a la averiguación (y comprensión) de sucesos particulares del pasado.

La constatación de que la actividad judicial de conocimiento de hechos es “ideográfica” muestra ya una importante diferencia entre ésta y la del científico. Los procedimientos empíricos que usa la ciencia para verificar los enunciados generales sobre hechos son la observación, la medición y, sobre todo, el experimento. Para la verificación de los enunciados fácticos singulares que constituyen las pruebas, el juez —como el historiador— puede echar mano algunas veces de la observación (inspecciones oculares) y la medición, pero nunca del experimento, porque es imposible (re)producir hechos del pasado²⁰⁴. Más exactamente, el juez puede producir (experimentar) nuevas fuentes de prueba, como interrogatorios, careos, pericias o reconocimientos; incluso puede ensayar una especie de reconstrucción de los hechos, llevando al lugar a procesados y testigos²⁰⁵, pero lo que en ningún caso está a su alcance es la reproducción de los hechos que pretende probar²⁰⁶. En la investigación “ideográfica” en general, y en la judicial en particular, se debe reconstruir un pasado desaparecido, y para hacerlo

como un tipo de verdad histórica, *vid.* P. CALAMANDREI, «El juez y el historiador», *Estudios sobre el proceso civil*, trad. S. Sentís, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961, pp. 107 ss.; P. FERRUA, «Contraddittorio e verità nel processo penale», cit., p. 216.; L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 52. E. FASSONE, «Quaestio facti», cit., p. 316.; P. ANDRÉS IBÁÑEZ, «Acercas de la motivación de los hechos...», cit., pp. 271 ss.; W. TWINING, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Oxford, Blackwell, 1990, pp. 103 ss.

²⁰⁴ Por ello, la actividad del juez es análoga a la del historiador: una reconstrucción discursiva del pasado. En este sentido, H. BATTIFOL, «Observations sur la preuve des faits», en *La Preuve en Droit*, (Ch. Perelman y P. Foriers, eds.), cit., pp. 303-304.

²⁰⁵ *Vid.*, por ejemplo, los arts. 399 y 438 LECr.

²⁰⁶ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 53, distingue entre *experimento* (de un hecho presente) y *prueba* (de un hecho pasado).

Con todo, incluso la facultad de “experimentar” del juez es interpretada a veces restrictivamente. Así, con respecto a los careos, el Tribunal Constitucional español, tras aclarar que «es potestativo del juez la celebración de los careos aun sin mediar solicitud de las partes (art. 729 LECr)», señala, no obstante, que dicha prueba «tiene carácter *subsidiario*, dado que, de acuerdo con el art. 455 de la mencionada Ley, sólo se practicarán cuando no fuese reconocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados». Por lo tanto, se trata de una facultad discrecional de prueba por parte del juez, cuya negativa

sólo se puede recurrir a hechos del presente que constituyen las huellas de aquel pasado (los enunciados probatorios o indicios)²⁰⁷; es decir, que el juez, como el historiador, tiene que examinar los vestigios y testimonios existentes para determinar su valor como elementos de juicio del pasado que investiga. En esta reconstrucción, el juez, como el historiador, hace uso de leyes generales, algunas de las cuales son leyes de la ciencia (natural o social) y otras son aceptadas como simples máximas de experiencia; o sea, hace uso de leyes probabilísticas. Este modo de proceder es lo que hemos llamado "razonamiento inductivo, en sentido amplio", que tiene la apariencia de un razonamiento deductivo o entimemático²⁰⁸, pero que en realidad es un razonamiento de estructura probabilística; lo que no obsta, desde luego, para que los elementos de juicio sobre el pasado así obtenidos puedan tener el carácter de "prueba que está más allá de toda duda razonable"²⁰⁹.

En todo caso, el carácter ideográfico del conocimiento judicial de los hechos lo distingue del conocimiento del científico, pero no del conocimiento del historiador o del detective. Sin embargo, entre el conocimiento judicial y el del historiador o el del detective existe aún una importante diferencia; diferencia que lo separa al mismo tiempo —ahora por otras razones— del conocimiento del científico. Veámosla.

b) El conocimiento judicial de hechos como discurso "institucionalizado"

La finalidad principal de los procesos de fijación judicial de los hechos es la formulación de enunciados fácticos verdaderos, en el sentido de que se corresponden con la realidad. Ahora bien, si la averiguación de la verdad fuera el único valor a perseguir, no habría, en principio, gran diferencia con el modelo del historiador o el del detective. Sin embargo, esto no es así: entre el modelo judicial y los modelos mencionados hay un importante rasgo distintivo. Sin hacer

a admitir careos «no constituye vulneración del art. 24.2 CE» (STC 55/1984, FJ 4.º). Pero con ello se rebaja su incidencia probatoria en el proceso.

²⁰⁷ «El historiador no puede observar directamente los sucesos del pasado que describe o interpreta; no le es posible observar, experimentar o diseccionar físicamente tales sucesos. Sólo puede aproximarse al pasado de dos maneras: 1) a través de su memoria personal... 2) mediante la interpretación de ciertos objetos juzgados como vestigios de sucesos pasados», M. COHEN y E. NAGEL, *Introducción a la lógica y al método científico*, cit., vol. II, p. 155. *Vid.* especialmente pp. 181 ss., donde los autores asimilan expresamente el procedimiento que se sigue en los tribunales de justicia al juzgar la declaración de los testigos al procedimiento del historiador para evaluar el testimonio que le ofrecen los documentos y restos.

²⁰⁸ Se llama entimema, o razonamiento entimemático, al razonamiento silogístico que se formula de manera incompleta; es decir, se deja "sobrentendida" alguna de las dos premisas o la conclusión. En el lenguaje cotidiano, la mayoría de las inferencias se expresan entimemáticamente, *vid.*, I. M. COPPI, *Introducción a la lógica*, cit., pp. 254 ss.

²⁰⁹ M. COHEN y E. NAGEL, *Introducción a la lógica y al método científico*, cit., vol. II, p. 156.

comparaciones particularizadas con cada uno de estos modelos, puede decirse que lo que singulariza al modelo judicial de fijación de los hechos es la necesidad de cohonestar el objetivo principal de "búsqueda de la verdad" con la "garantía de otros valores", lo que eventualmente puede mermar la consecución de aquel objetivo.

En efecto, a diferencia del conocimiento científico, histórico o detectivesco, donde la actividad de averiguación de la verdad puede reputarse sin grave esfuerzo como "libre"²¹⁰, la fijación judicial de los hechos tiene que perseguir su objetivo —la formulación de aserciones verdaderas— teniendo en cuenta, al mismo tiempo, la necesidad de preservar otros valores. Estos valores son fundamentalmente de dos tipos. De un lado, un valor que podríamos llamar *práctico*, por cuanto expresa una característica básica del proceso judicial: la finalidad práctica, y no teórica, que lo anima. De otro lado, una serie de valores que podríamos llamar, en sentido amplio, *ideológicos*.

Que el proceso tiene una finalidad práctica significa que se encamina a resolver un conflicto mediante la aplicación de normas jurídicas. El conocimiento del pasado no es el objeto inmediato de la indagación del juez, sino tan sólo un paso previo a la decisión que debe adoptar: si la historia —o la ciencia— sólo se interesa por conocer la verdad, el juez «está interesado primordialmente en solucionar conflictos sociales»²¹¹. Por eso, si el juez procede en parte como un historiador, no es un historiador. Ante la dificultad de comprobar unos hechos, un historiador, como un científico, puede decir "no sé"; no dar una respuesta judicial constituye, por el contrario, una denegación de justicia²¹². El juez está obligado inexcusablemente a llegar a una certeza oficial²¹³: si en la historia —o en la ciencia— la cuestión sobre la verdad de un enunciado es una cuestión *siempre abierta*, en el ámbito judicial la cuestión debe ser *cerrada autorizadamente*. Y de ahí deriva una exigencia para el procedimiento de fijación de los hechos que han originado el conflicto: la búsqueda de la verdad sobre esos hechos no puede alargarse indefinidamente; tienen que existir expedientes procesales que permitan fijar la verdad cuando no resulte fácilmente descubrible; y tiene que llegar un momento en que la verdad procesal-

²¹⁰ Claro está que la libertad nunca es absoluta, pues las comunidades científica e historiográfica imponen ciertas reglas a la actividad de científicos e historiadores, y la actividad del detective también está limitada; como mínimo por reglas jurídicas que protegen la libertad de las personas. Pero fuera de estas limitaciones las actividades mencionadas son libres.

²¹¹ C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», cit., p. 312.

²¹² H. BATTIFFOL, «Observations sur la preuve des faits», cit., p. 304.

²¹³ P. CALAMANDREI, «El juez y el historiador», cit., p. 116. La afirmación del carácter eminentemente práctico de la decisión judicial es un lugar común en la literatura jurídica. Insisten en este punto también, por ejemplo, M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 33 ss., y C. FURNO, *Teoría de la prueba legal*, cit., p. 14.

mente declarada se acepte como verdad última²¹⁴. Claro está que esta verdad última no será infalible, pero será *final*, en el sentido de que pondrá fin al conflicto *autorizadamente*²¹⁵. Por eso, según vimos, alguna razón tenía Kelsen al hablar de la naturaleza constitutiva de la sentencia²¹⁶.

Por otro lado, en la persecución de la verdad, los ordenamientos jurídicos actuales tienen que preservar otros valores que podríamos llamar "ideológicos", pues no son consustanciales a la idea de acción judicial como actividad encaminada a poner fin a un conflicto, sino que forman más bien parte de una cierta ideología jurídica. Esto resulta particularmente cierto en el proceso penal, donde la ideología del garantismo se impone con fuerza en el proceso, exigiendo que en la averiguación de la verdad se preserven en todo caso determinados valores, particularmente la libertad y la dignidad de las personas²¹⁷.

La necesidad de garantizar estos valores (práctico e ideológicos) muestra una característica básica del procedimiento de fijación judicial de los hechos que lo distingue del resto de procedimientos de tipo inductivo y que —al igual que la metodología inductiva— influye en la calidad del resultado alcanzado: su *institucionalización*²¹⁸. La fijación judicial de los hechos se desarrolla en un marco institucionalizado de

²¹⁴ Por ello, «la diferencia entre el juicio penal y el juicio del historiador radica en que éste está permanentemente sujeto a revisión, en virtud de nuevos sucesos o descubrimientos, o de una diferente lectura de los hechos ya conocidos; aquél es definitivo, no revisable y categórico», E. FASSONE, «Quaestio facti», cit., p. 316. Es decir, llega un momento en que el pronunciamiento del juez «se convierte en verdad inatacable, tanto en el terreno jurídico como en el social», J. S. RUIZ PÉREZ, *Juez y Sociedad*, cit., p. 163. Esta última afirmación (que «también en el terreno social es inatacable») resulta claramente exagerada.

²¹⁵ La posibilidad de que la declaración de hechos en que se basa la sentencia sea errónea es «el precio que el derecho está dispuesto a pagar en aras de la seguridad y de la paz social, esto es, por poder resolver los conflictos sociales dentro de ciertos límites temporales», C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», cit., p. 313.

²¹⁶ Por eso dice F. E. OPPENHEIM —defendiendo la posición de Kelsen de que las sentencias judiciales tienen carácter constitutivo— que la condición establecida en la norma general para sancionar el asesinato *no* es el hecho natural de la muerte, sino el "hecho legal" de que un juez competente encuentre a alguien culpable de asesinato, «The judge as legislator», en L. GIANFORMAGGIO y S. PAULSON (coords.), *Cognition and interpretation of law*, cit., p. 290.

²¹⁷ Precisamente para conseguir este resultado (la garantía de determinados valores), «el proceso penal se sustrae conscientemente a numerosas posibilidades cognoscitivas: rechaza, en efecto, medios de prueba que tienen bajo valor gnoseológico...; sin embargo, rechaza también medios de conocimiento que en sí mismos tienen una alta posibilidad de proporcionar informaciones válidas pero cuyo empleo puede lesionar determinados derechos de las personas», E. FASSONE, «Quaestio facti», cit., pp. 316-7.

²¹⁸ Junto al carácter irreduciblemente probabilístico de la verdad fáctica y a la subjetividad específica del juez, L. FERRAJOLI resalta un tercer límite de la verdad procesal, una tercera razón que hace de la verdad procesal una verdad inevitablemente aproximativa: el método de investigación y formación de la misma, *Derecho y razón*, cit., pp. 59 ss. Creo que éste es también el sentido de las palabras de F. CARNELUTTI, *La prueba civil*, cit., cuando distingue entre la *verdad verdadera* —la material, objetiva, real— y la *verdad convencional* o formal, entendiéndolo por esta última la que se busca «mediante leyes jurídicas y no sólo mediante leyes lógicas, y únicamente en virtud de estas leyes jurídicas reemplaza a la verdad material» (pp. 21-22). Por su parte,

reglas (procesales) que condicionan la obtención del conocimiento y que se encaminan, bien a asegurar una respuesta más o menos rápida que en algún momento ponga fin al conflicto de manera definitiva (las reglas de "limitación temporal", el efecto de "cosa juzgada" y las que se enderezan a proveer una respuesta judicial en caso de incertidumbre constituyen ejemplos de estas reglas), bien a garantizar otros valores que, junto con la obtención de la verdad, se consideran dignos de protección (algunas "limitaciones de prueba" son ejemplos de este tipo de reglas). Por derivar de la institucionalización del proceso podemos llamar a estas reglas —para diferenciarlas de las garantías epistemológicas o de verdad— *garantías institucionales*.

En cierto modo, la institucionalización puede interpretarse a la luz de la teoría pospositivista de la contaminación teórica del conocimiento. Según esta tesis —recordémoslo— los hechos están determinados por los esquemas conceptuales y las teorías con que los conocemos. Las reglas procesales podrían entenderse entonces, desde este punto de vista, como los esquemas teóricos desde los que se conocen los hechos en el proceso. En otras palabras, las reglas institucionales sustituyen los criterios propios de la libre adquisición del conocimiento por otros autorizados jurídicamente²¹⁹. Pero se hacen necesarias al menos tres precisiones al respecto.

En primer lugar —y aunque pueda resultar una obviedad y una insistencia innecesaria—, la finalidad práctica del proceso y la necesidad de preservar ciertos valores ideológicos no puede hacer olvidar que entre los fines del proceso se encuentra también, y de manera principal, la averiguación de la verdad²²⁰, en el sentido de correspondencia con los hechos. Más exactamente, en un modelo cognoscitivista, la resolución de las controversias ha de hacerse teniendo en cuenta los hechos tal y como realmente han sucedido. Por ello, la institucionalización del conocimiento de hechos no debe conducir a "deificar" acríticamente la verdad alcanzada. Al contrario: la verdad obtenida procesalmente (la "verdad procesal") puede ser diferente (de mayor, pero también de menor calidad) de la alcanzada con otros esquemas de conocimiento que no tienen las trabas o limitaciones procesales.

M. ATIENZA, impugnando la distinción que parece apuntada por P. ANDRÉS IBÁÑEZ entre el razonamiento del juez y el del detective en base al carácter inductivo del primero y abductivo del segundo, señala que «la diferencia que habría que trazar entre ambos tipos de argumentación es que la del juez está inmersa en un determinado contexto institucional que le fija un tipo de límites de los que carece el investigador», «Sobre la argumentación en materia de hechos...», cit., p. 85. Y señala también la existencia de reglas institucionales, como características distintivas de la prueba judicial frente a la científica, E. BULYGIN, «Cognition and Interpretation of Law», cit., p. 21.

²¹⁹ Vid. También L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., pp. 60-61.

²²⁰ En este sentido se pronuncia P. CALAMANDREI, impugnando una cierta ideología del proceso civil según la cual la única finalidad de éste es la resolución de conflictos de intereses entre privados, al margen de la comprobación de los hechos, P. CALAMANDREI, «Il processo come gioco», *Opere giuridiche*, I, Napoli, Morano, 1965, p. 556.

En segundo lugar, y conectando con lo anterior, pueden distinguirse en línea teórica tres tipos de reglas o garantías institucionales, en función de su incidencia en el objetivo principal de averiguación de la verdad: garantías (institucionales) *epistemológicas*, si contribuyen a la averiguación de la verdad; garantías (institucionales) *no-epistemológicas*, si al menos no producen menoscabo en la averiguación de la verdad; y garantías (institucionales) *contra-epistemológicas*, si dificultan o entorpecen la averiguación de la verdad. En principio, cabría pensar que las reglas institucionales que inciden en el conocimiento de los hechos son siempre de los dos primeros tipos. Pero sólo en principio. Será preciso analizarlas a fin de saber si realmente contribuyen a alcanzar (o a lo sumo no entorpecen) la verdad o si, por el contrario, impiden (o dificultan) la consecución de este objetivo. De ello vamos a ocuparnos en el capítulo siguiente.

Por último, no todas las reglas institucionales son garantías de algún valor jurídico (práctico o ideológico) o simplemente garantías de verdad. Hay numerosas reglas procesales que no son más que un cúmulo de formalidades, ritos y liturgias que lo único que hacen es dilatar el procedimiento haciendo complicado lo sencillo, así que, al abusar de ellas, se corre el peligro de convertir la justicia en el angustioso laberinto que KAFKA denunciara. Pero no es sólo esto. La existencia de un "exceso ritual manifiesto", al hacer del proceso una pesada maquinaria a la que cuesta moverse, no sólo no propicia sino que incluso obstaculiza la averiguación de la verdad²²¹. Esto ya lo denunció insistentemente BENTHAM²²², pero parece que sus enseñanzas han tenido escaso calado en las legislaciones procesales. Por lo demás, la solución al problema del ritualismo procesal excesivo sólo parece residir —a salvo naturalmente de las posibles reformas institucionales²²³— en la actitud del juez. Se impondría, por una parte, una llamada a su prudencia en la conducción e instrucción del proceso, para esquivar su aspecto patológico²²⁴; por otra, una llamada a su actitud vigilante,

²²¹ En este sentido, L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 61. Vid. también C. A. VARELA, *Valoración de la prueba*, cit., pp. 83-84.

²²² J. BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., denuncia que la existencia de excesivas formalidades, reglas oscurantistas, dilaciones, estorbos, en nada contribuye al objetivo de la verdad. Por ello, para coadyuvar al fin directo del procedimiento, que es la rectitud en las decisiones, señala otros fines colaterales: la necesidad de evitar «plazos, vejaciones y gastos innecesarios o en los que prepondera el daño; es decir, que hecho el balance de sus efectos el mal sobrepase al bien», pp. 11-12.

²²³ Ya en el Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal, celebrado en Gante en 1977, se propugnó un modelo procesal más eficaz y sencillo, carente de formalismos y de abstractas formalidades. Tomo la información de J. S. RUIZ PÉREZ, *Juez y Sociedad*, cit., 114.

²²⁴ Vid. P. J. BERTOLINO, *La verdad jurídica objetiva*, Buenos Aires, Depalma, 1990. Es clara, a este respecto, la posición del Tribunal Constitucional español: ningún requisito formal puede convertirse en «obstáculo que impida injustificadamente un pronunciamiento sobre el fondo... No son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos, que sean producto de un formalismo y que no se compaginen con el necesario derecho a la justicia» (STC 57/1985,

a fin de que agote todas las posibilidades para el esclarecimiento de la verdad y no se respalde en la cómoda y simple aplicación de los ritos procesales: si es cierto que la certeza absoluta es un ideal inalcanzable, «basta con la mayor aproximación, pero efectivamente la mayor»; esto es, «cuando se hayan investigado todos los motivos posibles a investigar»²²⁵.

FJ 3.º). «Aunque las formas y requisitos del proceso cumplen un papel de capital importancia para su ordenación, no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución, con repudio, por lo tanto, de formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma» (STC 90/1986, FJ 3.º).

²²⁵ M. HIRSCHBERG, *La sentencia errónea en el proceso penal* (1960), trad. de T. A. Banzharf, Buenos Aires, EJE, 1969, pp. 108.

III. LA INSTITUCIONALIZACIÓN JURÍDICA DEL CONOCIMIENTO DE HECHOS

SUMARIO: 8) MEDIDAS INSTITUCIONALES QUE CONDICIONAN LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD.—*a*) Planteamiento. Las reglas de limitación temporal y las formas de justicia negociada.—*b*) Las limitaciones probatorias.—*c*) El secreto procesal.—9) EL PAPEL DE LAS PRESUNCIONES.—*a*) Presunciones *iuris tantum*.—*b*) Presunciones *iuris et de iure*. Diferencia con las “ficciones legales”.—*c*) Presunciones *hominis*.—10) LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.—*a*) La libre convicción como principio metodológico (negativo) y los criterios (positivos) de valoración.—*b*) Los modelos probabilísticos de valoración.—1.º El modelo matemático-estadístico.—2.º Los modelos inductivos.

8) MEDIDAS INSTITUCIONALES QUE CONDICIONAN LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD

a) Planteamiento. Las reglas de limitación temporal y las formas de justicia negociada

Las reglas institucionales que gobiernan el procedimiento de prueba y que hacen de la averiguación de la verdad una tarea reglada y no (o no completamente) libre son de muy variado tipo. Sin ningún ánimo de exhaustividad, existen reglas que establecen el *tempus* en que ha de ser averiguada (probada) la verdad sobre los hechos; otras que, bien por dificultades de prueba, bien por garantizar ciertos valores, establecen como probados ciertos hechos; otras que indican qué pruebas son admisibles y cuáles no, como las que prohíben la práctica de ciertas actividades probatorias o las que limitan la admisibilidad o el uso de pruebas lícitamente obtenidas, por ejemplo, excluyendo la declaración de ciertas personas; otras que, de diversas formas, dan relevancia

procesal al secreto; otras que instauran formas de justicia negociada; otras, en fin, que determinan cuáles son los criterios para la valoración de la prueba, entre ellas las que —frente a la valoración libre— establecen criterios formales de valoración. Tal vez se diga que la institucionalización del proceso contribuye al objetivo de averiguación de la verdad; o que, por el contrario, nos aleja del mismo. En ambos casos se trataría de afirmaciones apresuradas: para ver qué hay de cierto en estas afirmaciones es precisa una consideración individualizada de cada uno de los tipos de reglas mencionados, pues no cabe una identificación acrítica de todos ellos. Con todo, y aun sin efectuar un análisis pormenorizado de cada una de estas reglas —algo que desde luego excede a los objetivos y posibilidades de estas páginas—, sí pueden aventurarse algunas tesis sobre su naturaleza “epistemológica” o “contra-epistemológica”.

Algunas de estas reglas institucionales entorpecen la averiguación de la verdad, es decir, producen (o tienen la capacidad de producir) un menoscabo en la calidad del conocimiento alcanzado, por lo que su naturaleza “contra-epistemológica” no ofrece dudas; otras, en cambio, son susceptibles de diferentes interpretaciones, de manera que su naturaleza contra-epistemológica no es algo pacíficamente aceptado. Entre las primeras se encuentran las reglas de limitación temporal, las que instauran formas de justicia negociada y muchas limitaciones probatorias; entre las segundas se encuentran las reglas que regulan el secreto procesal. La interpretación de la naturaleza de las presunciones y de las reglas legales de valoración tampoco es (y desde luego no ha sido siempre) uniforme. En todo caso, bajo el término “presunciones” se amparan realidades distintas, por lo que serán objeto de una consideración más detenida; y, por su parte, las reglas legales sobre la valoración de la prueba tienen en la actualidad un escaso y descendente protagonismo, por lo que el problema de la valoración se centra hoy más bien en la búsqueda de modelos argumentativos que permitan racionalizar esta operación.

La naturaleza contra-epistemológica (o al menos no-epistemológica) de las reglas de limitación temporal resulta desde luego clara. Son reglas que instan a una más o menos rápida resolución del conflicto y que, a diferencia de las actividades científica e historiográfica, que en este sentido pueden reputarse libres, garantizan que en un período de tiempo predeterminado quedará fijada la “verdad procesal” sobre los hechos de la causa: desde las normas sobre la prescripción, que impiden el desarrollo del proceso transcurrido un tiempo desde que tuvieron lugar los hechos que lo motivan, hasta los términos o plazos que regulan las leyes procesales, son innumerables las previsiones de limitación temporal que enmarcan la institucionalización del conocimiento judicial de los hechos. Sin duda, la principal razón de ser de estas reglas reside en la necesidad de resolver el conflicto en un plazo

no irrazonable de tiempo, algo estrechamente unido a las exigencias de seguridad jurídica que también se proyectan sobre el proceso y una de cuyas principales manifestaciones es la obligación de alcanzar, en determinado momento, una verdad procesal “definitiva”; éste es precisamente el espíritu de la presunción *iuris et de iure* de verdad de las tesis contenidas en sentencias firmes, sobre la que se volverá en su momento. Pero es evidente que, al limitar el tiempo en que debe ser pronunciada una decisión, estas reglas en nada contribuyen a alcanzar la certeza sobre los hechos que han dado origen al conflicto, sobre todo en los casos donde las diferentes tesis fácticas enfrentadas aparecen igualmente plausibles.

Más clara resulta aún la naturaleza contra-epistemológica de las formas de “justicia negociada”; especialmente las que se desarrollan en el campo penal. Éstas consisten básicamente en «solicitar, junto con el ofrecimiento de reducciones de penas, el interés subjetivo de los imputados en hacer declaraciones acusatorias o, en todo caso, en pactar sobre el contenido de sus imputaciones»¹. Son prácticas que buscan dar salidas rápidas a procesos ya instaurados una vez concluida la fase de investigación, por la vía, en particular, de la negociación sobre la pena y con el objeto de evitar la celebración del juicio oral. Son modos de proceder que desembocan «en la apoteosis de la instrucción, que florece disimuladamente a través de la práctica de los acuerdos, es decir, la renuncia al juicio oral y la condena basada solamente en el reconocimiento parcial o total, por parte del acusado, del contenido de la instrucción»². Son, en fin, formas de justicia inspiradas en la lógica mercantil del *do ut des*, donde el hecho «se reconstruye de una forma peor que inquisitiva, marcada por el reconocimiento incondicionado de valor probatorio a los materiales recogidos por el acusador»³. Por ello, si las reglas de limitación temporal en nada contribuyen a lograr la certeza sobre los hechos en cuestión, resulta aún más evidente que las prácticas de justicia negociada perturban por completo el interés epistemológico del proceso⁴; más exactamente, sustituyen el concepto de verdad como “adecuación o correspondencia” por el de verdad como “consenso”. Con la agravante, además, de que mientras la limitación temporal cuenta con un fundamento razonable (la necesidad de dar una respuesta más o menos rápida a los conflictos y, en última instancia, la seguridad jurídica), no parece que la justicia

¹ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 61.

² B. SCHÜNEMANN, «¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)», trad. de S. BACIGALUPO, en *Jornadas sobre «La Reforma del Derecho Penal en Alemania»*, Madrid, Cuadernos del CGPJ, núm. 8, 1991, pp. 52-56.

³ P. FERRUA, *Studi sul processo penale. Il Anamorfoosi del processo accusatorio*, Torino, Giapichelli, 1992, pp. 20-21. De alguna forma, estas prácticas presentan siempre el riesgo de entender el proceso como una mera solución de un conflicto entre las partes, id., «Contraddittorio e verità nel processo penale», cit., p. 233.

⁴ *Vid.*, al respecto, L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., pp. 820 ss.

negociada pueda esgrimir en su favor una causa de justificación igual de sólida; salvo, quizá, la de ofrecer una pronta satisfacción a la víctima. Antes al contrario, bajo la apariencia de simplificar el proceso, de constituir un remedio al exceso de trabajo que pesa sobre los juzgados y tribunales, la justicia negociada oculta razones más profundas: se intenta sustituir el principio de legalidad por el de oportunidad⁵.

Todo parece indicar, sin embargo, que las fórmulas que hemos llamado de justicia negociada florecen cada día más en el ámbito penal. De un lado, en la esfera de la denominada criminalidad de bagatela, se abren paso procedimientos de mediación o conciliación que sacrifican al acuerdo, normalmente económico, entre víctima y ofensor el tradicional objetivo de averiguación de la verdad, con la consiguiente puesta en peligro de la presunción de inocencia⁶. De otra parte, ya en la esfera de los delitos no tan leves, la legislación penal y procesal arbitra o propicia la conformidad del acusado, que renuncia a su papel de defensa⁷, o incluso su colaboración activa con la justicia a cambio de determinados beneficios⁸; lo que, al margen de otras consideraciones, tiende a convertir la confesión en "prueba reina" en detrimento, una vez más, del conocimiento de los hechos efectivamente producidos. En suma, este tipo de reglas institucionaliza una excepción a la regla epistemológica que establece:

(ii) Para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico es necesaria prueba del mismo, sea ésta directa, deductiva o indirecta.

b) Las limitaciones probatorias

Desde la perspectiva del modelo cognoscitivista, orientado a la averiguación de la verdad, el criterio que rige la investigación sobre los hechos es la búsqueda de información libre y sin restricciones, un criterio que fue formulado a través de la regla epistemológica que establece que:

⁵ Vid. M. A. RUSCONI, «Principio de inocencia e *in dubio pro reo*», en *Jueces para la democracia*, núm. 33, noviembre/1998, p. 53; y E. RUIZ VADILLO, *El derecho penal sustantivo...*, cit., pp. 114 ss.

⁶ Vid. J. BUSTOS y E. LARRAURI, *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal alternativo*, Barcelona, PPU, 1993; E. GIMÉNEZ SALINAS, «La conciliación víctima delinuyente como alternativa a la justicia penal», en *La víctima: entre la justicia y la delincuencia*, M. A. SORIA (comp.), Barcelona, PPU, 1993.

⁷ Vid. arts. 789.5, 791.3 y 793.3 LECr y las observaciones críticas de la doctrina; por ejemplo, P. ANDRÉS IBÁÑEZ, «El Ministerio Fiscal entre "viejo" y "nuevo" proceso», en AA.VV., *El nuevo proceso penal*, Madrid, 1989, pp. 89 ss.; T. ARMENTA, *Principio acusatorio y Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 58 ss.; N. RODRÍGUEZ GARCÍA, *El consenso en el Derecho penal español*, Barcelona, Bosch, 1997.

⁸ Este es el caso de la legislación sobre arrepentidos en materia de terrorismo que hoy recoge el art. 579 del Código Penal. Una visión crítica sobre la misma, C. LAMARCA, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1985, pp. 319 ss.

(iii) cualquier elemento que permita aportar información relevante sobre los hechos que se juzgan debe poder usarse.

La institucionalización del proceso, sin embargo, incorpora —o puede incorporar— importantes excepciones a esta regla, estableciendo limitaciones, sea sobre los medios de prueba, sea sobre las fuentes de prueba⁹. Podemos hablar, por simplificar, de limitaciones probatorias.

El fenómeno de la limitación de pruebas puede manifestarse de muy diversas formas. Puede manifestarse, en primer lugar, restringiendo directamente los medios de prueba admisibles. Si los medios de prueba son los instrumentos o las actividades a través de las cuales se introducen en el proceso pruebas (información) para reconstruir la realidad de los hechos de la causa, parece claro, conforme a la regla epistemológica enunciada, que cualquier medio de prueba que pudiera aportar información de interés para el proceso debería ser admisible; es decir, la regla epistemológica que rige con carácter general el uso de medios de prueba es la existencia de un *numerus apertus* de los mismos. Por ello, se excepciona esta regla cuando los sistemas probatorios institucionales adoptan el criterio del *numerus clausus*; o sea, cuando no reconocen con carácter general otros medios de prueba que los expresamente regulados por la ley. Ciertamente en esa regulación legal taxativa la mayoría de los sistemas probatorios contemplan todos los medios de prueba tradicionales, por lo que en este sentido no parece que se planteen particulares problemas. Si la limitación tiene importancia es, sobre todo, porque entorpece la incorporación de los nuevos avances probatorios, que no tendrían cabida en una interpretación restrictiva de la norma. De todas formas, no es ésta ni la única ni la más grave limitación a la regla epistemológica comentada, pues es casi siempre posible hacer una interpretación extensiva de los medios de prueba tradicionales legalmente contemplados que permita la inclusión en ellos de esos nuevos avances probatorios¹⁰. La limitación más importante al uso libre de medios probatorios tiene lugar cuando se establece

⁹ Recordemos que por "fuente" de prueba se designa todo aquello con lo que se verifican las afirmaciones vertidas en el proceso, a diferencia del "medio", que sería el tipo de actividad con que la fuente se introduce en el proceso: así, en la prueba testifical, la fuente es el testigo y su conocimiento; el medio es el testimonio. Vid., por ejemplo, J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 84-86.

¹⁰ En la doctrina española puede apreciarse —a nuestro juicio, acertadamente— una actitud crítica frente a este tipo de limitaciones y, por tanto, frente a una interpretación literal (restrictiva) de los medios de prueba legalmente previstos. Así, en lo que atañe al procedimiento civil, la opinión dominante se muestra partidaria del *numerus apertus* de medios de prueba, frente a un minoritario sector que, aferrándose a la dicción del art. 578 LEC, se inclina por el carácter taxativo de los medios de prueba legales. En todo caso, la regulación legal es lo bastante flexible como para permitir la inclusión de los nuevos avances probatorios en los medios de prueba tradicionales, vid. M. SERRA DOMÍNGUEZ, «El derecho a la prueba en el proceso civil español», en *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Granada, Comares, 1984, p. 571. En el mismo sentido, A.

que no se podrán probar ciertos hechos más que con determinados medios de prueba prefijados por la ley¹¹, pues en estos casos resulta ciertamente difícil hacer una interpretación de la norma legal conforme con las exigencias de la regla epistemológica.

Pero el fenómeno de la limitación de pruebas puede manifestarse también de otras formas: a) limitando el uso de determinadas pruebas ya adquiridas; o b) prohibiendo directamente la adquisición (y subsecuente uso) de ciertas pruebas, prohibiciones que pueden operar *ex ante*, sobre la admisibilidad de la prueba, o *ex post*, como auténticas "reglas de exclusión" de lo que ya ha sido incorporado al proceso (adquirido) con infracción de aquellas prohibiciones.

La presencia de estas limitaciones se puede detectar en casi todos los sistemas procesales¹²; al menos en aquellos que pretenden ser mínimamente garantistas, pues lo que persiguen muchas de ellas es la tutela de la libertad y dignidad de los individuos. En cualquier caso, y pese a que estas limitaciones constituyen excepciones a la regla epistemológica comentada (iii)¹³, entre ellas encontramos reglas de dos tipos, en función de su valor epistemológico; o, si se quiere, de su fundamento, que en un caso es *epistemológico* y en el otro *político*¹⁴.

MONTÓN REDONDO, *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, Salamanca, 1977, p. 27.

Con referencia al proceso penal, también es mayoritaria la interpretación de que la LECr no contiene un *numerus clausus* de medios probatorios, puesto que los previstos en ella permiten acoger las nuevas fuentes de prueba; así, por ejemplo, la aportación de cintas magnetofónicas habrá de introducirse como "documento". Por todos, V. GIMENO SENDRA, en V. GIMENO y otros, *Derecho Procesal*, t. II, *Proceso Penal*, cit., p. 446.

¹¹ Por ejemplo, cuando la ley establece que el error de hecho de un tribunal de instancia sólo puede probarse en casación por medio de los documentos que obren en autos (art. 849.2 LECr). O cuando se establece que el pago del precio estipulado, en el juicio de deshaucio, sólo podrá probarse por confesión judicial o por documento que acredite el pago (art. 1.579 LEC).

Este segundo tipo de limitaciones es lo que algunos denominan "prueba legal", que aludiría al supuesto en que «la ley exige que un determinado hecho sea probado por un prefijado medio de prueba», M. FENECH, *Derecho Procesal Penal*, I, cit., p. 710; y, en el mismo sentido E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, I, cit., p. 296. A fin de evitar equívocos, preferimos, no obstante, reservar la expresión "prueba legal" para aludir a las "reglas legales de valoración de la prueba". En el mismo sentido, G. UBERTIS, *Fatto e valore...*, cit., pp. 121 ss.

¹² *Vid.*, por ejemplo, para el caso italiano, L. P. COMOGLIO, «Lessico delle prove...», cit., p. 1217. En el derecho probatorio del *Common law* (*law of evidence*) existen también reglas —consuetudinarias o legales— que excluyen pruebas relevantes en ciertos casos. Es más, el *law of evidence* es fundamentalmente un conjunto de reglas de exclusión. *Vid.* una detallada exposición en A. KEANE, *The Modern Law of Evidence*, London, Dublin, Edimburgo, Butter Worths, 4.ª ed., 1996.

¹³ En el mismo sentido, J. WRÓBLEWSKI: la inadmisibilidad de pruebas constituye «una excepción a la regla general según la cual el tribunal debe determinar la verdad material por todos los medios posibles», «La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación», cit., p. 183.

¹⁴ Así, G. UBERTIS (*Fatto e valore...*, cit., p. 127), que toma la terminología ("fundamento epistemológico", "fundamento político o sustancial") de E. AMODIO («Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pp. 326 y 329).

Formarían una primera clase aquellas limitaciones de prueba que *coadyuvan a la averiguación de la verdad* rechazando o minusvalorando pruebas con bajo valor gnoseológico; por ejemplo, el escrito anónimo, el reconocimiento por fotografía, el testimonio de referencia, etc.¹⁵. También puede considerarse incluido en este supuesto el sistema de "inhabilidades" y de "tachas" de los testigos previsto para el proceso civil¹⁶; aunque el caso más claro tal vez sea el de la prohibición de la tortura¹⁷, pues, aunque se orienta directamente a garantizar la vida y dignidad humanas, qué duda cabe que contribuye también a evitar la posible obtención de una verdad "torcida"¹⁸.

Formarían una segunda clase aquellas limitaciones de prueba que claramente *entorpecen (o no ayudan a) la averiguación de la verdad*. Se trata, por lo general, de reglas que, enderezándose primariamente

¹⁵ Éstos y otros ejemplos en E. FASSONE, «Quaestio facti», cit., p. 316.

Naturalmente, también en el *law of evidence* se detectan este tipo de reglas. Es el caso de las *exclusionary rules* que se conectan a la correcta formulación del juicio de hecho; por ejemplo, la *Hearsay Rule*. En el contexto jurídico, el término común "hearsay", que alude a las afirmaciones que uno oye pero que no sabe si son verdaderas, se usa para referirse a toda información de segunda mano que es ofrecida como prueba de la verdad de los hechos que describe. La *Hearsay rule*, una de las más importantes *exclusionary rules*, considera inadmisibles como prueba afirmaciones de este tipo, y ello con la justificación de que el testigo que narra al Tribunal la afirmación hecha por un tercero puede que no tenga un conocimiento personal de los hechos descritos y la parte contra quien juega esa información no tendría oportunidad de un *cross examination* con el tercero; *vid.* A. KEANE, *The Modern Law of Evidence*, cit., cap. 9. De todas formas, en el *Law of Evidence* la regla contra "hearsay" va más allá del "testimonio de referencia": se extiende también, por ejemplo, a las diligencias policiales de investigación documentadas y a las declaraciones previas de un mismo deponente en juicio.

También en el Derecho español, el «testimonio referencial», al que aluden los arts. 710 y 813 LECr, se admite sólo residualmente y siempre con cautela (por ejemplo, STS de 11 de marzo de 1994); en todo caso, se califica como "poco recomendable" (*vid.* SSTC 217/1989, 79/1994 y 35/1995). Sobre el tema *vid.* M. I. VELAYOS, *El testigo de referencia en el proceso penal*, Universidad de Alicante, 1998, que auspicia un sistema donde se establezca un control de admisibilidad de este testimonio.

¹⁶ En el Derecho español, el sistema de "inhabilidades" para los testigos está previsto en los arts. 1.246 y 1.247 del Código Civil, y el sistema de "tachas" en los arts. 660 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁷ Según el art. 1.1 de la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*, de Nueva York, de 10 de diciembre de 1984, por tortura se entiende «todo acto por el cual se inflige intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión... cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público». Subrayado añadido. En el Derecho español, la tortura está expresamente tipificada como delito en el art. 174 del Código Penal.

¹⁸ Recordemos que los alegatos ilustrados contra la tortura insistían no sólo en la inhumanidad de la prueba, sino también en su debilidad epistemológica: «en el tormento no hay ni cabe más que un grado de probabilidad, y éste, tan débil, tan frágil, que siempre es inferior al menor de los indicios intrínsecos, y es igual, cuando más, al menor de los indicios extrínsecos, es decir, a un testigo no idóneo». J. P. FORNER, *Discurso sobre la tortura*, cit., p. 182.

La exclusión de pruebas obtenidas mediante tortura —dice también J. WRÓBLEWSKI— está ligada con dos géneros de valores: por un lado, valores vinculados a los ideales del humanismo; por otro, el valor de la verdad material, «La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación», cit., p. 182.

a asegurar la tutela de determinados valores extraprocesales que se consideran relevantes, hacen prevalecer éstos frente a las exigencias procesales de averiguación de la verdad¹⁹. Son ejemplos de estas reglas la prohibición de prueba ilícitamente obtenida; la prohibición, bajo "secreto de Estado", de usar como pruebas ciertos documentos que puedan afectar a la seguridad del Estado; las que dispensan del deber de declarar por razones de parentesco, o para proteger el secreto de las relaciones abogado-cliente, o el de los ministros del culto, o el de los funcionarios públicos²⁰; o los "privileges" y otras "exclusionary rules" en el "law of evidence"²¹. En la medida en que excluyen la posibilidad de utilizar ciertas pruebas y por ello, a veces, derivadamente, la posibilidad de probar ciertos hechos, estas reglas pugnan con el objetivo cognoscitivista de averiguación procesal de la verdad; aunque esto no es algo unánimemente admitido, pues, desde perspectivas decididamente garantistas, no faltan quienes ven en algunas de estas reglas una garantía epistemológica²².

Tal vez el ejemplo más claro de este tipo de limitaciones lo constituya la prohibición de prueba ilícitamente adquirida. Es prueba ilícita toda la que se obtenga con vulneración de garantías constitucionales, como la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones de los arts. 18.2 y 3 CE (por ejemplo, el acta de entrada y registro practicada fuera de los casos permitidos por la ley o la trascripción de unas escuchas telefónicas ilegales); o infringiendo derechos constitucionales, como el derecho a la defensa del art. 24 (por ejemplo, la declaración del imputado sin haber sido informado de sus derechos); o a través de medios que la Constitución prohíbe (como la confesión arrancada mediante hipnosis o sueros de la verdad, proscritos por el art. 15) o que expresamente no autoriza (por ejemplo, una coacción para obtener declaraciones sobre "ideología, religión o creencias", con infracción del art. 16.2).

¹⁹ «Hay conflictos axiológicos, y la ley decide cuándo el valor de la verdad material deja paso a otros valores», J. WRÓBLEWSKI, «La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación», cit., p. 183.

²⁰ Vid. arts. 416-417 LECr.

²¹ Los llamados *privileges* son reglas que capacitan a ciertas personas para no declarar sobre determinados asuntos o incluso para impedir que otros —por ejemplo, sus abogados— lo hagan, y son básicamente de tres tipos: el privilegio de no declarar contra sí mismo; el secreto profesional del abogado; y el «without prejudice negotiations», que permite la adopción de acuerdos civiles sin que las concesiones ofrecidas en el curso de la negociación puedan ser usadas después como prueba en un proceso.

Pero junto a ellos puede constatarse la presencia de otras "reglas de exclusión" de pruebas basadas en la protección de intereses públicos; por ejemplo, reglas cuya finalidad es asegurar la tutela de valores relevantes conectados al secreto de Estado o a la *privacy* de ciertas relaciones. Vid. A. KEANE, *The Modern Law of Evidence*, cit., cap. 9; vid. también M. TARUFFO, «Modelli di prova e di procedimento probatorio», cit., pp. 424-25.

²² Así, L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 46, y P. ANDRÉS IBÁÑEZ, «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», cit., pp. 284-85; y «De nuevo sobre la motivación de los hechos», cit., pp. 88-89.

La prohibición de la prueba ilícita no requiere regulación expresa. En realidad, es de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de "inviolables" de donde deriva «la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental»²³. Se trata, por tanto, de una consecuencia que deriva de la especial "resistencia" de los derechos fundamentales frente a los actos del poder contrarios a ellos y de la necesidad de anular los efectos que de tales actos pudieran surtir (es la doctrina del "fruto del árbol venenoso" que produce además un *deterrent effect* —efecto preventivo o disuasorio—, en terminología de la Corte Suprema de los Estados Unidos). Estamos así ante una garantía (contraepistemológica) de libertad, y en ningún caso ante una garantía epistemológica o de verdad. Es más, la prueba ilícitamente obtenida plantea siempre el dilema de tener que optar por la averiguación de la verdad o por la garantía de la libertad; y desde luego su desestimación (o su prohibición) supone la opción por la protección de la libertad en detrimento de la averiguación sin restricciones de la verdad: la verdad no puede ser investigada a cualquier precio²⁴.

El interés epistemológico propio del modelo cognoscitivista impone, claro está, la contención en la formulación de limitaciones probatorias, y, allí donde no exista una limitación expresa, impone también una interpretación de la ley favorable a la entrada de la verdad en el proceso²⁵. En todo caso, la presencia de estas reglas institucionales que entorpecen la averiguación de la verdad no invalidan el modelo cognoscitivista sobre el que se proyectan. El objetivo del modelo probatorio sigue siendo la fijación de los hechos tal y como sucedieron,

²³ SSTC 25/1981, FJ 5.º, o 150/1987, FJ 2.º, entre otras.

²⁴ De esto se es plenamente consciente. Así, F. GÓMEZ DE LIAÑO, *El proceso penal*, Oviedo, Forum, 1989, p. 341. V. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal*, t. II, *Proceso Penal*, cit., p. 445. F. GUARIGLIA, «Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal», en *Jueces para la democracia*, núm. 26, julio/1996, pp. 76 ss. E. RUIZ VADILLO, «La actividad probatoria en el proceso penal español», en *La prueba en el proceso penal*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, donde se suma a la idea de que «la verdad no puede ser investigada a cualquier precio», esp., pp. 127 y 130 ss.; idea que preside también las reflexiones de J. L. GONZÁLEZ MONTES, «Nuevas reflexiones sobre la prueba ilícita», *Primeras Jornadas sobre Problemas Actuales de la Justicia Penal* (J. L. GONZÁLEZ MONTES, ed.), Universidad de Granada, 1994, pp. 95 ss., y las de los numerosos trabajos sobre el tema que se han venido produciendo.

²⁵ Así, en relación con el proceso penal, ante la tesitura de conceder o negar valor probatorio a las declaraciones de los coimputados o coprocesados, el Tribunal Supremo ha optado, a nuestro juicio sensatamente, por una vía intermedia: concedérselo, «siempre que no se perciba razón alguna de venganza, odio, ventaja propia u otra similar, que le reste credibilidad» (STS de 30 de enero de 1989, fundamento primero, que reitera otras anteriores). Y la misma actitud se mantiene ante el testimonio de un menor: «también es valorable el testimonio de un menor. Es el grado de verosimilitud el que habrá de ser valorado por el Tribunal de instancia de acuerdo con los criterios de lógica y de experiencia» (STS de 4 de febrero de 1991, fundamento segundo).

aunque este objetivo haya de conjugarse con otros valores ya no epistemológicos, sino ideológicos o institucionales²⁶.

c) El secreto procesal

La publicidad y transparencia, la comunicación intersubjetiva libre y abierta, parecen representar a primera vista una condición indispensable para el desarrollo de cualquier género de conocimiento, incluido el que puede tener lugar en el curso de un proceso; pero constituyen también un valor político garantizador de la limpieza y honestidad en la toma de decisiones, ya sean generales (legislación) o particulares (jurisdicción); o, dicho de otro modo, el secreto presenta hoy connotaciones abiertamente negativas que se conectan a la crítica ilustrada de las instituciones del Antiguo Régimen. De hecho, frente al secreto característico del modelo inquisitivo, la publicidad del proceso se enarbó como una de las reivindicaciones más visibles del programa reformador alentado por la filosofía iluminista de la segunda mitad del siglo XVIII, de VOLTAIRE a BECCARIA, de FILANGIERI a BENTHAM²⁷. Baste recordar el juicio de DIDEROT: «Nuestras normas procesales penales constituyen una especie de inquisición... Al prisionero no se le dice la causa de su detención... Se le esconden escrupulosamente los cargos y las informaciones. No se le carea con los testigos sino en último extremo. Llamaría gustosamente a todo ello el arte de hacer —no de descubrir— culpables»²⁸. Un juicio que se mantiene plenamente vivo en el moderno garantismo, donde categóricamente se afirma que «la opción por la transparencia de los juicios representa la discriminación más segura entre culturas jurídicas democráticas y culturas autoritarias»²⁹.

En favor de la publicidad militan, en efecto, varias razones o intereses que inspiran la regulación constitucional y que no pueden dejar de valorarse en la interpretación de las leyes de enjuiciamiento. De entrada, y éste es su origen histórico, un interés subjetivo o de las partes en su propia defensa y en la regularidad del proceso: sólo el conocimiento de éste y de las informaciones en él acumuladas permite la aportación de pruebas y de alegaciones, y de ahí la garantía fun-

²⁶ A este respecto, M. TARUFFO afirma, refiriéndose a los *privileges* en el *law of evidence*, que «carecen de especial relevancia desde el punto de vista de los modelos de prueba: no contradicen la idea de que las pruebas admisibles se enderezan a la averiguación de la verdad», «Modelli di prova...», cit., p. 425.

²⁷ Un completísimo resumen de las opiniones ilustradas en L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., pp. 616 ss.

²⁸ DIDEROT, «Observaciones sobre la Instrucción de la Emperatriz de Rusia a los diputados respecto a la elaboración de las leyes», LIX, en *Escritos políticos*, ed. de A. Hermosa Andújar, Madrid, CEC, 1989, p. 233.

²⁹ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 618.

damental a un «proceso público» (art. 24.2 CE). Pero, en segundo lugar, también un interés público, por cuanto sólo la publicidad permite el control y la crítica social sobre una clase de actividad que recaba su legitimidad no del origen democrático de sus componentes sino del carácter racional y motivado de sus decisiones³⁰; por eso, junto al derecho subjetivo del art. 24 CE, el 120.1 reitera que, como regla general, «las actuaciones judiciales serán públicas». A lo que hay que añadir un tercer valor, como es el derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión» [art. 20.1.d) CE], que ha permitido considerar la presencia de periodistas en el juicio oral nada menos que como un derecho preferente³¹.

Como es sabido, sin embargo, el actual proceso penal responde a un sistema mixto: una fase instructoria dominada por el secreto frente a terceros y excepcionalmente frente a las partes, y un juicio oral público, aunque también con posibles limitaciones³². Y precisamente una de las principales razones esgrimidas en favor de este modelo es el interés en la averiguación de los hechos, es decir, un interés que pudiéramos llamar epistemológico: «la intempestiva revelación de las fuentes de prueba y, en particular, de los nombres de los testigos o sospechosos en un delito, favorece la alteración, la dispersión, la destrucción del material probatorio, la fuga de los culpables y también la intimidación de los testigos»³³. Paradójicamente, pues, el secreto, tan denostado por la Ilustración, vendría a ser una garantía del conocimiento y fijación de los hechos, tarea reivindicada asimismo por la Ilustración como fundamento inexcusable de cualquier reproche penal.

Con todo, no parece que desde el punto de vista de la pulcritud y veracidad en el conocimiento de los hechos la regla del secreto sumarial resulte siempre unívoca. Es verdad que el secreto de la investigación se endereza, por un lado, a garantizar la averiguación de la verdad, evitando que cualquiera de las partes pueda manipular las pruebas; pero, por otro lado, y ésta es la segunda lectura, puede proporcionar al juez una cobertura inexpugnable para la selección de los datos relevantes para el caso³⁴. En esta segunda lectura, el secreto instructorio

³⁰ Vid. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 67 ss. Ya BENTHAM advertía que el carácter público de los procesos estimulaba la probidad de los jueces, limitando un poder «del que es tan fácil abusar», *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., vol. I, p. 142.

³¹ STC 30/1982. En igual sentido, afirma la STC 143/1991 que la libertad de información «como regla general debe prevalecer siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos que son del interés general».

³² Vid. arts. 301, 302 y 680 LECr.

³³ Instrucción 3/1993, de la Fiscalía General del Estado. Vid. A. DEL MORAL y J. M. SANTOS, *Publicidad y secreto en el proceso penal*, Granada, Comares, 1996, pp. 45 ss.

³⁴ Por ello, argumentando a favor del sistema acusatorio y del juicio oral ante el jurado, Alonso MARTÍNEZ advertía de las funestas consecuencias para el acusado a que puede conducir en el procedimiento (de investigación) escrito y secreto —propio del sistema inquisitivo— la impericia del juez de instrucción, sus preocupaciones dañosas para la causa del inculcado, sus

en nada contribuye a disipar los peligros de "subjetividad" del juez en la apreciación de los hechos, que es un rasgo inherente al conocimiento de hechos y exige medidas encaminadas a evitar en lo posible la proyección de prejuicios, intereses e ideologías personales del juzgador.

En España, esa doble y contradictoria virtualidad del secreto "teórico" se ve rota en la práctica desde el momento en que las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal son normas válidas pero claramente ineficaces; y a ello ha contribuido el Tribunal Constitucional cuya doctrina confirma pero al mismo tiempo desvirtúa las previsiones legales: de un lado, en efecto, el secreto aparece como una excepción legítima al principio de publicidad, pero, de otro, resulta que el secreto «no significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social... sean arrebatados a la libertad de información... De este modo, el mal entendido secreto del sumario equivaldría a crear una atípica e ilegítima "materia reservada" sobre los hechos mismos acerca de los cuales investiga y realiza la oportuna instrucción el órgano procesal»³⁵. La consecuencia es que el secreto resulta cada vez más precario, pues cualquiera de los intervinientes en el proceso puede difundir los hechos de los que tiene noticia, aun cuando figuren en el sumario.

El problema es que esta quiebra cotidiana del secreto sumarial «no equivale paradójicamente a transparencia, sino a información sesgada, murmuración aventurada y asimetría en el acceso y dosificación de las noticias»³⁶. Con acierto observa FERRAJOLI que este resultado comporta para el imputado todas las desventajas del secreto y de la publicidad: «el rumor en torno al proceso, enormemente acrecentado por la ambigua relación instaurada en estos años entre *mass media* y actividad investigadora, es, en efecto, inversamente proporcional a la efectiva cognoscibilidad de los actos procesales, que la fuga de noticias permite de forma distorsionada durante la instrucción y que la

prejuicios y parcialidad para acumular pruebas de cargo y desatender las favorables al reo: «lo peor del procedimiento inquisitivo es que en él no se da intervención alguna al inculpado en el sumario»... Y de este modo, «los funcionarios que intervienen en la instrucción, animados de un espíritu receloso y hostil que se engendra en su mismo patriótico celo por la causa que representan, recogen con preferencia los datos adversos al procesado, descuidan a veces consignar los que pueden favorecerles; y de este conjunto de errores... resultan dos cosas: una, que al compás que se adelanta el sumario, se va fabricando inadvertidamente una verdad de artificio que más tarde se convierte en verdad legal, pero que es contraria a la realidad de los hechos... y la otra, que cuando (el procesado), llegado al plenario, quiere defenderse, ... entra en el palenque ya vencido o por lo menos desarmado»; «Exposición de Motivos a la *Ley del Juicio Oral*», cit. por A. RODRÍGUEZ MARTÍN, *Los vicios irremediables del jurado*, Madrid, Centro Editorial de Gónora, 1911, pp. 57-58.

³⁵ STC 13/1985. Vid. L. PRIETO, «Prisión provisional y medios de comunicación», en *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*, M. BARBERO (COORD.), Cuenca, Ediciones de la UCLM, 1997, p. 241.

³⁶ L. PRIETO, *op. cit.*, p. 242.

mole creciente de las actuaciones judiciales impide de hecho durante el enjuiciamiento»³⁷.

Por eso no es sorprendente que hoy las propuestas doctrinales se orienten en favor de un ajuste legislativo que, de acuerdo con la Constitución, convierta a la publicidad en el principio general de todo el proceso, de la instrucción al juicio oral, aunque, eso sí, concediendo al juez la posibilidad de modularla frente a terceros³⁸, o de exceptuarla incluso frente a las partes, si bien con un carácter estrictamente excepcional y limitado, justamente en aras de un mejor y más pronto conocimiento de los hechos³⁹. Desde esta última perspectiva, que es la que aquí interesa principalmente, parece claro que la publicidad ha de ser la regla, por cuanto el conocimiento fáctico tiene en el proceso un carácter de tarea colectiva (aunque no cooperativa) y, por tanto, ha de estar presidido por un criterio de transparencia y simetría entre las partes; sólo de manera excepcional, motivada y limitada en el tiempo puede sustraerse a éstas la información sobre los hechos.

9) EL PAPEL DE LAS PRESUNCIONES

Tradicionalmente se han distinguido tres clases de presunciones: 1) Presunciones legales; y dentro de éstas: a) las presunciones "relativas" o *iuris tantum*, y b) las presunciones "absolutas" o *iuris et de iure*. 2) Presunciones simples, también llamadas *praesumptiones hominis*.

Como veremos, ni todas comparten la misma estructura ni persiguen los mismos valores.

Las presunciones legales se conectan a la teoría de la prueba⁴⁰, pero no proporcionan elementos de prueba, sino que dispensan de la prueba a aquellos en cuyo beneficio funcionan⁴¹, dando por ciertos determinados hechos. Las presunciones simples hacen referencia en realidad al procedimiento indiciario o de prueba indirecta.

³⁷ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 618.

³⁸ E. ESPÍN, «Secreto sumarial y libertad de información», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1986, I, núm. 2, p. 146.

³⁹ L. VARELA, «Proceso penal y publicidad», *Jueces para la democracia*, núm. 11, 1990, p. 43; L. PRIETO, «Prisión provisional y medios de comunicación», cit., p. 243.

⁴⁰ P. FORIERS, «Présomptions et fictions», en *Les présomptions et les fictions en Droit* (Ch. PERELMAN y P. FORIERS COORDS.), Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 8.

⁴¹ Vid., Ch. PERELMAN, «Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse», en *Les présomptions et les fictions en droit*, cit., p. 340. En este mismo sentido, el art. 1.250 del Código Civil español afirma que «las presunciones que la ley establece dispensan de toda prueba a los favorecidos por ellas».

a) Presunciones *iuris tantum*

Reciben este nombre las presunciones que, sobre la base de situaciones o hechos considerados significativos⁴², establecen una verdad que admite prueba en contrario⁴³.

J. WRÓBLEWSKI ha reconstruido⁴⁴ la estructura lógica de estas presunciones del siguiente modo: la presunción no es un enunciado asertivo, sino una norma jurídica de comportamiento que obliga a reconocer una conclusión en presencia de un hecho o estado de cosas y ausencia de prueba contraria (y estamos entonces ante una "presunción material", por ejemplo, la de paternidad), o únicamente en ausencia de prueba contraria (y estamos entonces ante una "presunción formal", por ejemplo, la de inocencia).

Presunción "material": $E \cdot -PC \xrightarrow{R} CP$

Presunción "formal": $-PC \xrightarrow{R} CP$

donde E: hecho o estado de cosas.

PC: prueba contraria.

R: regla de presunción

CP: conclusión de presunción.

La constatación de que las presunciones son "normas jurídicas" reviste una importancia crucial, pues significa que la conclusión de presunción «no puede ser tratada como una descripción o una hipótesis de la realidad... y esto es así tanto para las normas que establecen presunciones de derecho como para las normas que establecen presunciones de hecho»⁴⁵. Mediante las presunciones de derecho se da

⁴² Hechos, por lo demás, "objetivamente" conocidos, excluyéndose las apreciaciones personales del juez. En este sentido, el art. 1.249 del Código Civil: «Las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado.»

⁴³ Art. 1.251 del Código Civil: «Las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario.»

⁴⁴ J. WRÓBLEWSKI, «Structure et fonctions des présomptions juridiques», en el volumen *Les présomptions et le fictions en Droit*, cit., pp. 43 ss.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 51; subrayado añadido. R. HERNÁNDEZ MARÍN concibe también las presunciones como algo distinto a un enunciado asertivo; pero, a diferencia de J. WRÓBLEWSKI, no las interpreta como prescripciones, sino como una especie de enunciados jurídicos cualificatorios que se distinguen del resto de los enunciados cualificatorios por una diferencia de estilo en su formulación: «la consecuencia de un enunciado cualificatorio ordinario dice simplemente "x es G", mientras que la consecuencia de una presunción dice "se presumirá que x es G"», *Teoría General del Derecho y de la Ciencia Jurídica*, Barcelona, PPU, 1989, p. 115. En todo caso, la consecuencia relevante es la misma: si la conclusión de la presunción fuera entendida como una aserción podría resultar falsa, pues «el hecho de formular una presunción es síntoma o indicio de que

por existente una cierta situación jurídica: que alguien tiene deberes o derechos, que un acto es válido, etc.⁴⁶. Son presunciones de hecho las que dan por probada cierta situación de hecho en un tiempo y un lugar. Tal vez estas últimas puedan inducir a confusión, pues la relación entre E y CP suele ser tan fuerte que hay una tendencia a imputar a CP un carácter existencial. Pero esa imputación no está justificada: en tanto que norma jurídica, «cada presunción es una construcción del lenguaje jurídico y el resultado de una decisión legislativa que conecta las premisas y las conclusiones de presunción»⁴⁷.

Siendo normas jurídicas, las presunciones son medios técnicos para garantizar ciertos valores en situaciones específicas. Su peculiaridad frente al resto de normas estriba en que las presunciones garantizan esos valores mediante la regulación de la carga de la prueba; esto es, instaurando una "regla de juicio" que indica al juez cuál debe ser el contenido de su sentencia en esas circunstancias específicas⁴⁸.

Los valores que garantizan las presunciones pueden ser básicamente de dos tipos: técnicos e ideológicos⁴⁹. El principal valor "técnico" es, si puede decirse así, la eficacia en la administración de justicia. Partiendo de que los conflictos tienen que ser resueltos y de que a veces la prueba de los hechos sobre los que se origina el conflicto puede resultar muy difícil, se facilita la prueba imponiendo (normativamente) considerar una situación como verdadera, salvo que se demuestre lo contrario; es decir, estableciendo una presunción *iuris tantum*⁵⁰, legal o jurisprudencialmente. En el primer caso, es el propio legislador el que establece en un texto legal una norma de presunción. En el segundo, la norma de presunción resulta de una cierta interpretación jurisprudencial. Un ejemplo de esto último podría verse en

el autor de la misma es consciente de que los hechos podrían ser contrarios a lo que la presunción dice», p. 117.

⁴⁶ Por ejemplo, las presunciones derivadas de la inscripción, en el derecho inmobiliario. Para esta distinción, y ejemplos reconducibles a la misma en el ámbito tributario, vid. D. MARÍN BARNUEVO, *Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho tributario*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 97-98.

⁴⁷ J. WRÓBLEWSKI, «Structure et fonctions des présomptions juridiques», cit., p. 51.

⁴⁸ *Ibidem*. Vid. también G. A. MICHELLI, *La carga de la prueba*, trad. de S. Santis Melendo, Bogotá, Temis, 1989, quien insiste en que la función principal de las presunciones es conferir una disciplina positiva a determinadas relaciones o estados de cosas particulares, y esto lo hacen regulando la carga de la prueba (pp. 175 ss.).

Pero las reglas sobre la carga de la prueba postulan normativamente cuál debe ser el contenido de la decisión del juez cuando no tenga pruebas suficientes para formar su convicción sobre los hechos litigiosos, y en esta medida son "reglas de juicio" o "de decisión", no "reglas probatorias" (espec., pp. 171 y 172). En este mismo sentido, L. ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, cit., p. 221; o V. CORTÉS, *Derecho Procesal*, t. I (vol. I), cit., p. 387.

⁴⁹ J. WRÓBLEWSKI establece esta distinción entre valores de tipo "técnico" e "ideológico", «Structure et fonctions des présomptions juridiques», cit., pp. 57 ss.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 184. Ya advertía también J. P. FORNER que se admiten las presunciones sobre ciertos hechos, entre otras cosas, porque «la suma dificultad de probarlos imposibilitaría su castigo», *Discurso sobre la tortura*, cit., p. 173.

la presunción jurisprudencial *iuris tantum* que opera en los supuestos de discriminación⁵¹, aunque tal y como ha sido jurisprudencialmente configurada acaso pudiera entenderse como una *verdad interina*⁵². Las presunciones, en suma, en todos estos supuestos, juegan el fundamental papel de facilitar al juez la tarea de juzgar cuando el hecho resulta difícil de probar⁵³.

Pero la necesidad de dar una solución jurídica al conflicto allí donde la prueba de los hechos resulta difícil no es el único valor que puede proteger una norma de presunción. Es evidente que, al regular la carga de la prueba, la presunción crea una situación de desigualdad entre

⁵¹ La presunción aludida se desprende de una cierta interpretación del Tribunal Constitucional cuando se trata de probar una discriminación. En estos supuestos, «la dificultad probatoria que esa conducta siempre comporta impone en ocasiones la necesidad de aliviar su prueba si es preciso, mediante la inversión de las reglas que regulan su carga...» puesto que, de otro modo, «probar una discriminación real y existente puede originar dificultades casi insalvables que el juez no puede permitir que contribuyan a perpetuar una situación contraria a la Constitución española» (STC 38/1986, FJ 2.º). Ello no significa, desde luego, una inversión absoluta de la carga de la prueba, puesto que es el demandante el principal gestor de su propio derecho, y de ahí que siempre le sea exigible una diligencia suficiente. Pero si —como sucedió en el caso presente: discriminación por razón de sexo— la parte demandante no logra probar claramente la existencia de una discriminación, el TC entiende que «no obstante, debe tenerse en cuenta que, en tanto que no se demuestre que la desigualdad de tratamiento... no existió o se debió a razones distintas al sexo... hay un indicio favorable a la presunción de existencia de una discriminación por razón de sexo» (FJ 4.º).

En el mismo sentido la STC 114/1989: «cuando ante un despido se invoque por el trabajador su carácter discriminatorio... ha de trasladarse al empresario “la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido”». Esta doctrina tiene su base «en la dificultad para el trabajador de la prueba de la causa discriminatoria» (FFJJ 1.º y 2.º).

⁵² Las llamadas *verdades interinas* (ejemplos de las cuales tenemos en los arts. 434 y 1.277 CC) suelen ser distinguidas de las presunciones. Mientras que estas últimas regulan la carga de la prueba como medio para garantizar determinados valores, las primeras tan sólo invierten la normal distribución de la carga de la prueba «en razón de la justicia distributiva que impone la prueba de los hechos a la parte que más fácil y más cerca tiene el hacerlo. Si el poseedor, para ejercitar sus derechos [art. 434 CC] tuviera que probar la buena fe de su posesión se le haría prácticamente imposible poder ejercitar sus derechos en cuanto poseedor; es mucho más fácil que pruebe la inexistencia de la buena fe el que se opone a la posesión», V. CORTÉS, en J. ALMAGRO y OTROS, *Derecho Procesal*, t. I (vol. I), Parte General, Proceso Civil (1), cit., p. 379.

A propósito de este mecanismo se habla también —por “importación” de una terminología bastante difundida en la doctrina alemana (*Anscheinsbeweis*)— de «prueba *prima facie*»; *vid.*, por ejemplo, M. V. BALLESTRERO, «La prova della discriminazione indiretta: ancora un passo avanti della corte di giustizia», en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1990, II. M. TARUFFO, por el contrario, auspacia la comprensión de esta figura como una presunción relativa de discriminación, en la que la parte actora tiene que probar (sólo) los hechos indicantes, «Presunzioni, inversioni, prova del fatto», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, núm. 3 (1992), pp. 782 ss., esp., p. 747. En realidad, según este autor, esta presunción no responde a una especial dificultad probatoria, sino que se basa en un juicio de “verosimilitud” (que hace referencia a que una afirmación parece conforme con el *id quod plerumque accidit*, es decir con la “normalidad”) como distinto al de probabilidad (que alude a la atendibilidad de una afirmación a la vista de elementos de prueba). Esa verosimilitud (en nuestro caso, la discriminación), que es la que funda la presunción, es lo único que el recurrente debe probar. *Vid.* M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 475 ss.

⁵³ Ch. PERELMAN, «Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse», cit., p. 340.

las partes, favoreciendo a una de ellas en atención a valores “ideológicos”, distintos a la verdad o a la búsqueda de solución al caso. Así, la presunción de “paternidad matrimonial” protege el orden familiar, y en particular el interés del niño concebido en el matrimonio; y la presunción de “fallecimiento” de los tripulantes y pasajeros de una nave naufragada de quienes no se han tenido noticias transcurridos dos años desde el naufragio protege los intereses económicos de los sucesores y en general el tráfico jurídico⁵⁴, etc.

Así pues, aun cuando permitan la entrada de la verdad mediante prueba en contrario, la función de las presunciones *iuris tantum* no es describir la verdad, ni siquiera como verdad hipotética⁵⁵, sino que se enderezan directamente a garantizar ciertos valores distribuyendo la carga de la prueba; o sea, dando al juez una indicación concreta sobre el contenido de su sentencia en circunstancias específicas. El error de concebir estas presunciones como descripción de la realidad acaso obedezca a que el legislador, cuando establece presunciones (al menos presunciones materiales de hecho), lo suele hacer apoyándose en datos científico-técnicos y en reglas de experiencia⁵⁶. Por ejemplo, en la presunción de paternidad matrimonial, la experiencia indica que lo normal es que el matrimonio cohabite y que los niños nacidos en él sean hijos del marido; y en la presunción de fallecimiento tras un naufragio, parece lógico pensar que si transcurrido un cierto tiempo no se tienen noticias de los pasajeros es porque éstos han fallecido. Pero éste es un conocimiento sólo probable y el legislador, cuando establece la norma de presunción, sabe que la presunción puede ser falsa. Si no ha habido prueba en contrario, *empíricamente* sólo puede constatarse la duda, no que la presunción sea cierta⁵⁷.

⁵⁴ En el ordenamiento español, estas presunciones están contempladas en los arts. 116 y 194 CC, respectivamente.

⁵⁵ Hay quien, sin embargo, hace más concesiones al carácter de medio de prueba de la presunción *iuris tantum*, entendiendo que ésta establece una “verdad hipotética” que, si no hay prueba en contrario, terminará siendo una verdad *tout court*, P. FORIERS, «Présomptions et fictions», cit., p. 8.

⁵⁶ «La presunción, por su esencia, constituye un medio indirecto de fijar un hecho o de acreditar un determinado extremo». Por ello, «el legislador, cuando comprueba la verosimilitud, la probabilidad de enlace bien contrastada entre ambos eventos, formula la norma de presunción, basada siempre en realidades», N. PÉREZ SERRANO, *Las ficciones en el Derecho constitucional*, Discurso leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1948.

Tal vez por ello quienes entienden también que las reglas de experiencia constituyen el fundamento de la prueba legal en la actualidad, es decir, que «ninguna diferencia esencial existe entre certeza histórica judicial [valoración libre] y certeza histórica legal [valoración legal o prueba legal]», pues se determinan «con los mismos razonamientos y con las mismas reglas de experiencia y de vida», consideran las presunciones como una clase más de prueba legal, pero entendiendo por tal la atribución *ex lege* de un valor probatorio fijo a determinados supuestos de hecho. *Vid.* C. FURNO, *Teoría de la prueba legal*, cit., espec., pp. 31-32. Preferimos, no obstante, conservar la expresión “prueba legal” para designar la atribución *ex lege* de un valor probatorio fijo a los *medios de prueba*.

⁵⁷ *Vid.* J. WRÓBLEWSKI, «Structure et fonctions des présomptions...», cit., p. 59.

En las presunciones formales aún resulta más claro cómo se desconectan de la verdad y se enderezan a la protección de otros valores. El caso paradigmático es el de la presunción de inocencia. Aquí no parece que haya ninguna regla de experiencia que lleve al legislador a pensar que, por lo general, los acusados son inocentes. Es más, tal vez pudiera decirse que los únicos datos empíricos existentes apoyarían la conclusión de que el acusado es probablemente culpable, porque la información recabada en la instrucción criminal así lo sugiere. Sin embargo, esto no lleva al legislador a abandonar la presunción de inocencia, por la simple razón de que ésta se establece como una garantía procesal dirigida a proteger un valor ideológico: la posición del acusado en el proceso a fin de evitar que pueda producirse un resultado indeseable (la condena de inocentes). Ello no obstante, no faltan los planteamientos que, desde concepciones radicalmente garantistas del proceso penal, atribuyen a la presunción de inocencia el valor de una garantía epistemológica; los de L. FERRAJOLI y P. ANDRÉS constituyen ejemplos de ello. Para el primero, la presunción de inocencia, ese «principio fundamental de civilidad que es fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes», se cuenta, al mismo tiempo, entre las «reglas jurídicas expresamente epistemológicas»; es una garantía de libertad y de verdad⁵⁸. El segundo, análogamente, entiende que la presunción de inocencia es expresión legal del interés epistemológico del proceso y llega incluso a asimilarla —siguiendo a COPÍ⁵⁹— a un caso de la falacia del *argumentum ad ignorantiam*, que se cometería cuando se sostiene que una proposición es verdadera sólo sobre la base de que no se ha demostrado su falsedad⁶⁰.

Ahora bien, resaltar el carácter de garantía epistemológica de la presunción de inocencia es ir realmente más allá de su significado jurídico y de su operatividad cognoscitiva. Tiene razón M. ATIENZA al señalar que «la institución no responde a un interés de tipo cognoscitivo o teórico, sino de carácter práctico, y esto es precisamente lo que hace que la presunción de inocencia no sea un caso de la falacia del *argumentum ad ignorantiam*: al utilizar este principio, el juez no argumenta en el sentido de pasar de “no está suficientemente probado que Fulano haya cometido el delito X” a “es verdad que Fulano no ha cometido el delito X”, sino que de la primera proposición (conjuntamente con el principio en cuestión) se pasa a “Fulano debe ser absuelto del deli-

⁵⁸ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., pp. 60 y 549.

⁵⁹ I. M. COPÍ, *Introducción a la lógica*, cit., p. 65.

⁶⁰ P. ANDRÉS IBÁÑEZ, «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», cit., que señala que las garantías procesales y penales son, además de garantías de libertad, también, y sobre todo, garantías de verdad (p. 284-5). Precisamente por ello estima que el *argumentum ad ignorantiam* «es falaz en todos los contextos excepto en uno: la corte de justicia» (pp. 273-4).

to X”, es decir, la conclusión es un enunciado práctico, no teórico»⁶¹. Y frente a ello no cabe argüir que «la circunstancia de que se considere *error judicial* únicamente a la condena del inocente y no a la absolución del culpable» es elocuente sobre el carácter de garantía de verdad de la presunción⁶², porque, dándole la vuelta al argumento, lo que esto muestra elocuentemente es la naturaleza contraepistemológica de tal concepción jurisprudencial⁶³.

Con todo, creo que hay un fondo de razón en quienes atribuyen a esta institución el valor de una garantía de verdad (epistemológica) y que la oposición entre esas interpretaciones y las que le dan el significado de garantía (ideológica) de libertad no es irreductible. La aparente contradicción proviene de que la primera de estas interpretaciones (garantía epistemológica) se fija en la incidencia del principio en las tesis fácticas contenidas en las sentencias condenatorias, mientras que la segunda lo hace en la incidencia del principio en las tesis fácticas que se conectan a las sentencias absolutorias.

En efecto, la presunción de inocencia significa —recordémoslo— que sólo puede condenarse si la hipótesis acusatoria ha resultado suficientemente confirmada por pruebas y las eventuales contrapruebas han sido refutadas; de manera que si no está confirmada o no han sido refutadas las contrapruebas (si hay dudas sobre su veracidad) la decisión debe ser absolutoria, favorable a las tesis fácticas de la defensa. En pocas palabras: el principio atribuye al estado de duda una decisión absolutoria⁶⁴. Ciertamente es verdad que, al imponer una decisión absolutoria en caso de duda sobre los hechos, la presunción de inocencia garantiza que sin conocimiento suficiente no puede haber condena; y en este sentido puede entenderse como una garantía epistemológica de que una decisión (en este caso, condenatoria) sin pruebas

⁶¹ M. ATIENZA, «Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez», cit., p. 84.

Análoga consideración en G. A. MICHELLI: las presunciones *iuris tantum*, al regular la carga de la prueba, instauran una regla de juicio que «incide no ya sobre la obra de reconstrucción histórica de los hechos de la causa... sino sobre el acto de subsunción de los hechos mismos bajo una norma jurídica... En el caso de que el juez no consiga reconstruir la hipótesis concreta, el hecho (falta o insuficiencia de pruebas) debe reconducirse a aquella norma jurídica que impone resolver la duda en un determinado sentido». Así pues, «la fijación del hecho desconocido no tiene lugar en el sentido de considerar como verdadero lo que no ha sido probado, sino en el sentido de que la regla de juicio fija el contenido de la decisión», *La carga de la prueba*, cit., pp. 170-171, nota 44.

⁶² P. ANDRÉS IBÁÑEZ, «De nuevo sobre la motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza», cit., p. 88.

⁶³ También se muestra crítico con esta doctrina jurisprudencial J. IGARTUA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanc, 1995, pp. 127 ss.

⁶⁴ K. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Guadarrama, 1967, p. 83.

o en presencia de contrapruebas sería inadmisibles⁶⁵. Pero también es verdad que la eventual decisión absolutoria a que puede conducir el principio es una decisión sin pruebas; más exactamente: las tesis fácticas que se conectan a la decisión absolutoria no satisfacen esas mínimas exigencias epistemológicas⁶⁶.

Podría decirse por ello que, desde la perspectiva epistemológica, la presunción de inocencia tiene dos vertientes. Es, de un lado, una garantía de verdad de la tesis fáctica en que se funda la decisión de condena, que en todo caso deberá satisfacer unas mínimas exigencias epistemológicas. Pero, de otro lado, el principio no garantiza que la tesis fáctica que se conecta a la decisión absolutoria haya satisfecho esas exigencias epistemológicas; y en este aspecto es tan sólo una garantía (no-epistemológica) de libertad.

La más elaborada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al hacer hincapié sólo en los requisitos que debe reunir la decisión condenatoria, propicia sin duda la lectura epistemológica de la presunción de inocencia. Sostiene, en efecto, el Tribunal que dicha institución no es otra cosa que una insoslayable garantía procesal que «asegura que nadie resulte condenado o sancionado sino luego de una actividad probatoria de cargo en la que, mediante pruebas legítimamente obtenidas y hechas valer en juicio, se llegue a la racional convicción de la culpabilidad»⁶⁷. Esta garantía procesal se concreta en: a) la carga material de la prueba corresponde exclusivamente al acusador y no al acusado, pues, en otro caso, éste «se vería sometido a una *probatio diabolica* de los hechos negativos»⁶⁸; b) la prueba debe practicarse sin violación de las garantías constitucionales; es decir, ha de respetar los principios de publicidad, oralidad y contradictoriedad, y no ha de ser obtenida ilícitamente; y c) de la prueba debe poder deducirse, razonada y razonablemente, la culpabilidad del procesado, y por tanto hay una obligación de razonar la prueba⁶⁹. Ahora bien, a pesar del denso contenido que el Tribunal Constitucional parece dar a la presunción *iuris tantum* de inocencia, en sentido estricto ésta se reduce tan sólo a una regla sobre la carga de la prueba en virtud de la cual recae sobre la parte acusadora la obligación de probar la hipótesis acusatoria;

⁶⁵ Es evidente que la decisión conforme a pruebas es un requisito epistemológico, *vid.* L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 147 ss.

Desde la perspectiva de las exigencias que una decisión de condena debe cumplir, la presunción de inocencia daría cumplimiento a la regla epistemológica más arriba formulada, según la cual: (ii) para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico es necesaria prueba del mismo.

⁶⁶ Desde la perspectiva de las exigencias que una decisión (en este caso absolutoria) debe cumplir, es evidente que la presunción de inocencia no da cumplimiento a la regla epistemológica más arriba formulada, según la cual: (ii) para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico es necesaria prueba del mismo.

⁶⁷ STC 71/1994, FJ 7.º

⁶⁸ STC 140/1991, FJ 2.º

⁶⁹ *Vid.* resumen detallado en STC 182/1989, FJ 2.º

y en este sentido constituye una garantía epistemológica de la tesis fáctica sobre la que se asienta la decisión condenatoria, tesis que debe estar probada. Que además esta actividad probatoria haya de realizarse con las debidas garantías y se haya de poder deducir de ella la culpabilidad del procesado no añade nada nuevo al sistema probatorio, pues es evidente que, al margen de la presunción de inocencia, las pruebas deben realizarse respetando las exigencias constitucionales y legales; como también parece evidente que si de esas pruebas no puede deducirse la culpabilidad del procesado no serían ni conceptual ni jurídicamente pruebas, sino puro ejercicio de arbitrariedad⁷⁰. La inclusión de estos requisitos en el significado de la presunción de inocencia parece más bien encaminada a reforzar la protección jurídica de los mismos haciendo de su vulneración un motivo para el amparo constitucional.

Puede decirse, en definitiva, que la presunción de inocencia, en cuanto regla que impone una decisión absolutoria en caso de duda sobre la veracidad de los hechos, no es una garantía epistemológica de las tesis fácticas que se conectan a esa decisión, sino una garantía de libertad que «supone un límite al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, límite que se proyecta, en sustancia, sobre el régimen de la prueba en el proceso o, lo que es lo mismo, sobre el modo de acreditar y fundamentar, en su caso, la culpabilidad del procesado»⁷¹. En este último sentido, pero sólo en éste, la presunción de inocencia puede entenderse también como una garantía de que las tesis fácticas de una eventual decisión condenatoria cumplen con los requisitos epistemológicos de confirmación y no refutación; es decir, como una garantía instrumental de verdad de esas tesis.

En resumen, las presunciones *iuris tantum*, y la de inocencia entre ellas, no proporcionan información empírica a través de elementos de prueba, sino que son tan sólo *normas jurídicas* que, en consideración a ciertos valores, imponen dar por verdadera una situación que podría ser falsa, pero que al mismo tiempo permiten que la verdad se haga valer mediante prueba en contrario. Las presunciones *iuris tantum*, en fin, no cumplen una de las garantías de verdad que señalábamos en el epígrafe 6:

(ii) Para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico es necesaria prueba del mismo, sea ésta directa, deductiva o indirecta.

⁷⁰ Estimo acertada, en este sentido, la observación de V. CORTÉS DOMÍNGUEZ sobre la conexión entre la falta de prueba de los hechos y la presunción de inocencia: cuando los hechos no están probados hay que absolver, sí; pero «desde el punto de vista lógico, no se absuelve en esos casos porque exista la *presunción de inocencia*, se absuelve porque no están fijados históricamente los hechos... Sólo la falta de sensibilidad y educación social y política ha determinado la necesidad formal de que se configure como derecho constitucional (art. 24.2) algo cuya lógica es esencial para evitar así condenas penales sin fundamento histórico-probatorio alguno», en V. GIMENO y otros, *Derecho Procesal*, vol. II, *Proceso penal*, cit., p. 466.

⁷¹ STC 71/1994, FJ 7.º

b) **Presunciones *iuris et de iure*.**
Diferencia con las “ficciones legales”

Las presunciones *iuris et de iure* son también normas jurídicas que, para garantizar determinados valores, establecen como verdaderos ciertos hechos en presencia de otros; y en esto se asemejan a las presunciones *iuris tantum*: tanto unas como otras dispensan de la prueba a aquellos en cuyo beneficio se establecen. Sin embargo, entre las presunciones *iuris tantum* y las presunciones *iuris et de iure* hay una importante disparidad: a diferencia de las primeras, estas últimas son absolutas, no admiten prueba en contrario⁷². De este rasgo distintivo derivan dos importantes consecuencias. Por un lado, si la conclusión de las presunciones *iuris tantum* no debe ser tomada como un enunciado asertivo verdadero porque no se ha probado, con mayor razón habrá de afirmarse lo mismo para las presunciones *iuris et de iure*, pues, al no admitir éstas prueba en contrario, es incluso imposible intentar destruir una situación (la establecida en la presunción) que bien pudiera ser falsa. Por otro, mientras que las presunciones *iuris tantum* instauran técnicas probatorias regulando la carga de la prueba, las presunciones *iuris et de iure* no hacen referencia a la carga de la prueba de un hecho pasado, sino que, por el contrario, se enderezan a ejercer una influencia sobre los hechos futuros, a fin de que se conformen a la presunción establecida⁷³.

Tal vez el ejemplo más claro de una presunción de este tipo sea la presunción legal de verdad de las tesis fácticas contenidas en sentencias firmes⁷⁴; esto es, la presunción de cosa juzgada, “cuyo carácter imperativo antes que cognoscitivo” resulta claro⁷⁵. Y es que la cosa juzgada, traslado del brocardo latino “*res iudicata pro veritate habetur*”, no dice que lo fijado en la sentencia sea la verdad, sino sólo que será tenido por verdad (“*pro veritate habetur*”) con el fin de proteger ciertos

⁷² Precisamente por ello quienes —como MONTESQUIEU— dan primacía a la certeza de la resolución sobre la verdad de los hechos tienen que ver como buenas estas presunciones, pues «cuando el juez presume, las sentencias son arbitrarias; cuando la ley presume, da al juez una regla fija», MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, cit., Libro XXIX, cap. XVI, p. 401.

⁷³ Ch. PERELMAN, «Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse», cit., p. 341.

⁷⁴ Frente a una opinión generalizada que estima que (con la excepción de la cosa juzgada) no existen (al menos en el Derecho español) presunciones legales absolutas, D. MARÍN BARNUEVO entiende que en nuestro ordenamiento jurídico, y en particular en el ámbito del derecho fiscal, existen múltiples supuestos. *Vid.*, para los ejemplos, *Presunciones y técnicas presuntivas...*, cit., pp. 128 ss.

⁷⁵ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 61.

Un tanto distinta es la interpretación de B. CELANO, quien, partiendo de que la verdad es siempre un ideal inalcanzable y los enunciados que afirman hechos son sólo provisionales e hipotéticos, entiende que el principio *res iudicata* no es más que una toma de conciencia institucional de que se actúa siempre sobre la base de creencias provisionales, B. CELANO, «Judicial Decision and Truth. Some Remarks», en L. GIANFORMAGGIO y S. PAULSON (coords.), *Cognition and interpretation of law*, cit., p. 152.

valores: la seguridad jurídica, que el proceso no puede ser inacabado, que hay que poner fin al conflicto, en suma⁷⁶. Las presunciones *iuris et de iure* son, en definitiva, normas jurídicas que establecen que, en presencia de ciertos hechos, hay que considerar otros hechos como si fueran verdaderos. Por eso se ha podido decir de ellas que son tan sólo un “artificio técnico” que «permite considerar como verdadero lo que muy bien puede ser falso»⁷⁷.

En la medida en que las normas que establecen la presunción no permiten destruir ésta mediante prueba en contrario, tales presunciones han sido a veces asimiladas a las “ficciones”⁷⁸. Ahora bien, en la teoría jurídica suelen distinguirse dos clases de ficciones: las *entidades jurídicas fingidas o ficticias* y las *ficciones legales*⁷⁹. Las primeras están presentes en la elaboración de la ciencia jurídica. Las segundas, en cambio, hacen referencia a los enunciados jurídicos que tienen la forma “los F se considerarán como G (o como no-G)”⁸⁰. Son por ello estas últimas las que son objeto de confusión con las presunciones *iuris et de iure*. Pero es preciso advertir frente a esta confusión.

Por entender que suponen una asimilación entre hechos distintos, las ficciones legales han sido presentadas tradicionalmente como el artificio jurídico más alejado de la verdad, el triunfo definitivo de la simulación y el engaño sobre la realidad: «un hecho notoriamente falso sobre el cual se razona como si fuera verdadero»⁸¹, “una mentira técnica”⁸², “una mentira convencional” que, sin embargo, tiene más fuerza que la “verdad verdadera”, pues “no ha menester rodearse de pruebas”⁸³; y, en fin, un procedimiento oblicuo de construcción jurídica

⁷⁶ La autoridad de la cosa juzgada radica en el valor que, por medio de la misma, persiguen los sistemas jurídicos: la paz y la seguridad jurídicas, porque es necesario poner fin al pleito, o sea, «no eternizar los juicios», M. CAPPELLETTI, *La responsabilidad de los jueces*, trad. S. Amaral, La Plata, JUS, 1988, p. 35. El Tribunal Constitucional español también estima que «el principio de seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE... explica la santidad de la cosa juzgada que impone la vinculatoriedad e inmutabilidad de las resoluciones judiciales firmes» (STC 367/1993, FJ 3.º).

⁷⁷ P. FORIERS, «Présomptions et fictions», cit., p. 10. «Una presunción, por grande que sea, no pasa de los términos de la duda; inclina, pero no asegura; induce, pero no convence», J. P. FORNER, *Discurso sobre la tortura*, cit., p. 173.

⁷⁸ Por ejemplo, F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, Paris, 1921, parte III, cap. 7, sec. II.

⁷⁹ *Vid.* sobre las ficciones en general la parte monográfica dedicada a «Las ficciones del Derecho» de la revista *Doxa*, núm. 3 (1986), con trabajos de A. AARNIO, E. MARÍN, M. CALVO, J. J. MORESO, R. HERNÁNDEZ MARÍN y C. SOUTO. Además, sobre las ficciones como *definiciones legales*, V. KNAPP, «Einige Fragen der Legaldefinitionem», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LXVI (1980), p. 519.

⁸⁰ R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría General del Derecho y de la Ciencia Jurídica*, cit., p. 111.

⁸¹ J. BENTHAM, *Tratados de legislación civil y penal*, cit., p. 83.

⁸² R. VON IHERING, *El espíritu del Derecho romano*, ed. abreviada de F. VELA, Buenos Aires, Revista de Occidente, 1947, p. 418.

⁸³ A. BONILLA, *La ficción en el Derecho*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1912, p. 19.

mediante el cual «se da por existente lo que no ocurrió, o se da por no sucedido lo que aconteciera»⁸⁴. No es extraño, por ello, que para una mentalidad racionalista la técnica de las ficciones constituya a primera vista un residuo del viejo oscurantismo.

Con todo, conviene subrayar que la ficción no se orienta a dar por verdadero un hecho cualquiera, sino un hecho que es necesariamente falso, pero con una falsedad que es por completo asumida y que, en consecuencia, no resulta engañosa. Un ejemplo clásico es la *fictio legis Corneliae*, que consideraba como muerto en combate al ciudadano romano que caía prisionero y que, por tanto, quedaba sometido a esclavitud, dado que el Derecho sólo concedía eficacia al testamento del hombre libre⁸⁵. Por eso, como dice J. I. MARTÍNEZ, la ficción «no pretende engañar a nadie», su función no es «comprender una realidad de hecho, sino dar *prescripciones* para la acción, y en ese sentido crear una realidad»⁸⁶. Las ficciones, en suma, no se orientan a fijar una realidad empírica, sino a atribuir a ciertos hechos el mismo tratamiento jurídico previsto para otros hechos claramente distintos⁸⁷.

Ya IHERING llamó la atención sobre el carácter de las ficciones como técnicas para la extensión analógica de las normas, y ROSS parece simpatizar con esa idea⁸⁸: establecer en sede legislativa que A debe ser tratado como B equivale, en efecto, a la aplicación de la norma diseñada para B al supuesto «análogo» representado por A. Sin embargo la ficción puede proporcionar resultados mucho más transformadores de los que se consiguen con la analogía. Para seguir con el ejemplo de la *lex Cornelia*, decir que el ciudadano romano prisionero en combate debe considerarse muerto y no esclavo, es lo mismo que decir que, a efectos de sucesión testamentaria, el hecho de la esclavitud no ha de ser relevante cuando tiene su origen en la guerra; por tanto, equivale a derogar de modo parcial la antigua norma que excluía al esclavo del derecho a otorgar testamento. Parece obvio que esto es bastante más que una interpretación analógica, pues representa más bien la negación de la norma, esto es, la negación de que la libertad

⁸⁴ N. PÉREZ SERRANO, *Las ficciones en el Derecho constitucional*, cit., p. 21.

⁸⁵ *Digesto*, XLIX, título XV, 1, 18; y L, título XVI, 1, 3.

⁸⁶ J. I. MARTÍNEZ, *La imaginación jurídica*, Madrid, Debate, 1992, pp. 106 y 109, subrayado añadido.

⁸⁷ La ficción legal —dice R. HERNÁNDEZ MARÍN siguiendo a E. R. BIERLING y a F. SOMLO— sirve a la finalidad de «conseguir la aplicación de una norma jurídica ya existente a un caso nuevo, vincular una norma jurídica a una realidad distinta de aquella a la que la norma se refiere», *Teoría general del Derecho y de la ciencia jurídica*, cit., p. 112. En el mismo sentido, D. MARÍN BARNUEVO: la ficción es una «disposición normativa que simula la identidad de dos hechos que se saben diferentes, con la finalidad de atribuir al segundo de ellos el mismo régimen jurídico que ya había sido descrito para el primero», *Presunciones y técnicas presuntivas...*, cit., p. 137.

⁸⁸ A. ROSS, «Le finzioni giuridiche» (1968), trad. de S. Esposito y R. Guastini en A. ROSS, *Crítica del Diritto e analisi del linguaggio*, Bolonia, Il Mulino, 1982, pp. 182 ss.

deba ser siempre y en todo caso una condición de las disposiciones testamentarias.

En este sentido, parece tener razón STAMMLER al decir que la ficción es «una fórmula abreviada para expresar una determinada voluntad jurídica»⁸⁹: en lugar de atribuir una consecuencia jurídica a cierta situación o estado de cosas, se produce su asimilación a otro supuesto para el que esté prevista dicha consecuencia; la peculiaridad es, por tanto, exclusivamente lingüística, no lógica⁹⁰, y puede responder tanto a motivos de economía legislativa (no reproducir todo un entramado normativo), como de respeto a la tradición (en nuestro ejemplo, evitar la derogación de la vieja ley que reservaba el testamento al hombre libre). Por eso las ficciones se han podido asimilar a las definiciones y también a las disposiciones cualificatorias, que, aunque pueden presentarse sintácticamente como oraciones asertivas, no son susceptibles de verdad o falsedad; es más, si fuesen consideradas desde esta perspectiva, las ficciones resultarían manifiestamente falsas⁹¹.

En esto último parece residir su diferencia con las presunciones. Éstas, cualquiera que sea su clase, vienen a dar por cierto un hecho más o menos probable, pero en todo caso *posible*: es posible, en efecto, que la «*res iudicata*» coincida frecuentemente con la realidad, esto es, que no se base en un error judicial; como es posible que el niño nacido tras la muerte del marido de la madre sea hijo de aquél; como también, en fin, que el acusado absuelto resulte efectivamente inocente. En cambio, es propio de la ficción la disparidad entre la realidad y lo que se supone⁹², y justamente por ello cabe hablar en sentido estricto de *asimilación*, esto es, de la extensión del supuesto contemplado en una norma a otro supuesto que ha de ser necesariamente diferente⁹³. En

⁸⁹ R. STAMMLER, *Filosofía del Derecho* (3.ª ed., 1928), trad. de W. Roces, México, UNAM, 1980, p. 319. Por eso ha podido afirmarse que hay un punto común a todas las ficciones: todas proceden de un juicio de valor, G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, París, LGDJ, 1997, p. 10.

⁹⁰ Vid. A. ROSS, «Le finzioni giuridiche», cit.

⁹¹ Vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, «Ficciones jurídicas», *Doxa*, núm. 3, 1986, pp. 141-142, y *Teoría general del Derecho y de la ciencia jurídica*, cit., pp. 111 ss.

⁹² La idea de que la conclusión de una presunción podría ser verdadera mientras que lo descrito en una ficción es necesariamente falso se encuentra también en R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general del Derecho...*, cit., pp. 117-18; P. FORTIERS, «Présomptions et fictions», cit., p. 7; y N. PÉREZ SERRANO, *Las ficciones en el Derecho constitucional*, cit., p. 23, donde se lee lo siguiente: «Si el fundamento de la presunción es una inmersión en la realidad genuina, ese dato resulta suficiente para distinguirla de la ficción, pues en ésta se da el supuesto inverso. En efecto, quien finge se da cuenta de que se está apartando de la realidad, sabe que admite como cierto lo que es inexacto, no pretende acreditar un hecho acaecido, sino todo lo contrario, aunque por otros motivos... tenga que aceptar como auténtico lo que le consta que es apócrifo.»

⁹³ Con gran claridad recoge esta distinción la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo. A propósito del art. 53.2 de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de 1980, que dispone que, a los efectos de la prescripción, «se presumirá que la fecha de los documentos privados es la de su presentación», el Tribunal Supremo dice que no se trata de una verdadera presunción (*iuris et de iure*), sino de una ficción legal: «porque

rigor, la ficción no supone una realidad, sino que la crea, ordenando que algo sea tratado *como si* fuera otra cosa⁹⁴.

Las ficciones pueden ser en ocasiones objeto de crítica política o moral, porque establezcan una asimilación que se repete injustificada; o de crítica técnica, porque dificulten el conocimiento o hagan más oscuras las regulaciones jurídicas. Pero no resultan relevantes desde la perspectiva de los hechos que han de servir de base a la premisa menor del razonamiento judicial. La construcción de esta última requiere partir en todo caso de la constatación de unos hechos, aquellos que ficticiamente se asimilan luego a otros, y esta es una tarea que no presenta dificultades particulares en el caso de las ficciones, dado que éstas operan sólo después de la fijación de los hechos: así, la *factio Corneliae* requiere acreditar que el ciudadano romano fue hecho prisionero en combate. Desde luego, algo parecido cabe decir de las presunciones *iuris et de iure*; éstas se refieren a hechos que pueden ser verdaderos o falsos, pero que se reputan en todo caso de uno u otro modo sin admitir prueba en contrario, y en esto se asemejan a las ficciones. Sin embargo, hay una diferencia: las ficciones no afectan al conocimiento de la verdad (que el cómplice haya de ser tratado como el autor puede ser criticable, pero no dificulta el conocimiento de los hechos); en cambio, las presunciones, al impedir toda ulterior investigación, logran efectos análogos pero operando sobre los hechos, pues aquellos que se presumen como ciertos no admiten ni siquiera emprender una tarea de investigación o conocimiento. Cabe decir que la ficción es un problema de calificación normativa; las presunciones, un problema de hechos.

Las presunciones *hominis* o presunciones *iuris et de iure* no son, pues, ficciones. Si las presunciones *iuris tantum* son normas que, para la protección de determinados valores, establecen la verdad sobre ciertos hechos pero dejan abierta la posibilidad de destruir esa conclusión mediante prueba en contrario, las presunciones *iuris et de iure* son normas que, para la protección de ciertos valores y en presencia de unas

las presunciones legales se basan en una correlación probabilística, que permite mantener que si se da el hecho base, hay muchas probabilidades de que se cumpla el hecho consecuencia, por ello la propia Ley hace este razonamiento, imponiendo la existencia del hecho consecuencia, que considera probado, con posibilidad de prueba en contrario (presunción *iuris tantum*), en cuyo caso sí admite posibilidad distinta, o sin prueba alguna (presunción *iuris et de iure*), es decir, sin posibilidad alguna en contrario.

En la *factio legis* no hay correlación alguna entre el hecho base y el presupuesto jurídico que impone la norma; es más, ésta intencionadamente trastoca la realidad, la modifica, la altera, para así conseguir el efecto que pretende, de modo que la *factio legis* es siempre alógica» (STS 29-11-1995, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Fundamento primero).

⁹⁴ Es clásica la monografía de H. VAHINGER, *Die Philosophie des Als-Ob. System der theoretischen und Religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, 6.ª ed., Leipzig, F. Meiner, 1920. Hay traducción italiana en *La filosofia del "come se"*, Roma, Ubaldini, 1967.

determinadas circunstancias, establecen el particular efecto jurídico de dar por verdaderos ciertos hechos y no transigen con ninguna excepción no prevista. Por ello, en estas presunciones, con mayor razón que en las presunciones *iuris tantum*, pueden adquirir valor de verdad aserciones que son empíricamente falsas. Las presunciones *iuris et de iure*, en fin, no cumplen dos de las garantías de verdad que señalábamos en el epígrafe 6:

(ii) Para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico es necesaria prueba del mismo.

(vii) Si, a la vista de nuevos datos, pudiera revisarse la verdad de un enunciado declarado falso o la falsedad de un enunciado declarado verdadero, debe hacerse.

c) Presunciones *hominis*

Aunque también en este caso se utiliza el término "presunciones", poco tienen que ver con los dos tipos de presunciones legales aludidos. WRÓBLEWSKI habla de este tipo de presunciones cuando se reconoce como demostrado un hecho que, según las reglas de experiencia, ha existido porque también otro hecho ha existido y se halla creditado mediante pruebas concluyentes⁹⁵:

$$A \xrightarrow{RE} HI \xrightarrow{RE} HP$$

donde A: aserciones que son pruebas de la existencia de un hecho intermedio.

HI: aserción del hecho intermedio.

HP: aserción de un hecho determinado como conclusión de la presunción.

RE: reglas empíricas.

Las presunciones *hominis* o presunciones simples son un conjunto de razonamientos o argumentaciones mediante las cuales, a partir de hechos conocidos, se concluye afirmando otros desconocidos. Se fundan, por tanto, sobre pruebas (es decir, sobre hechos ya acreditados) y difieren poco de las presunciones del historiador o del detective, que también intentan establecer un hecho desconocido a partir de indicios⁹⁶. Pero, a diferencia de las presunciones *iuris tantum* y *iuris et de iure*, en las que el fundamento de la conclusión presumida es una norma jurídica, la clave de este tipo de argumentaciones no es una norma jurídica, sino la existencia de reglas o "máximas de experiencia" que, reflejando regularidades empíricamente observadas, permiten conectar el hecho cono-

⁹⁵ J. WRÓBLEWSKI, «Structure et fonctions des présomptions juridiques», cit., p. 66.

⁹⁶ Ch. PERELMAN, «Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse», cit., p. 340.

cido con el hecho desconocido: así, del humo puede inferirse la existencia del fuego, de la posesión de la cosa robada la participación en el robo o la receptación, de la posesión de droga y de una balanza de precisión la intención de comerciar con ella, etc.

Lo que esta caracterización de las presunciones simples pone de manifiesto es que no son un medio de prueba *sensu stricto*, sino más bien un procedimiento de prueba consistente en inferir, a partir de un hecho probado (indicio) y de una regla de experiencia, la existencia de un hecho desconocido⁹⁷. En suma, pese a que la terminología puede llevar a confusiones, el esquema de las presunciones simples hace referencia a los *razonamientos probatorios* en que no se prueba directamente el hecho que constituye el "*thema probandum*"⁹⁸. Precisamente por ello, para aludir al procedimiento de prueba indirecta o indiciaria se habla algunas veces de "prueba de presunciones"⁹⁹: las expresiones prueba indirecta, prueba indiciaria y prueba presuntiva aluden a una misma estructura probatoria.

Puesto que tales razonamientos se enderezan a probar (indirectamente) la existencia de ciertos hechos, estas mal llamadas presunciones se han presentado tradicionalmente como los elementos que soportan la convicción del juez en relación con esos hechos; y en el proceso penal, se identifican con la libre convicción¹⁰⁰. Por eso, para considerar válida esa convicción, se vienen exigiendo una serie de requisitos al razonamiento presuntivo que conduce a ella.

⁹⁷ En consonancia con ello, COMOGGIO define el indicio como «el hecho conocido y cierto, a partir del cual —mediante presunciones— es posible obtener inductivamente el conocimiento de un hecho ignorado», «Lessico delle prove e sistema accusatorio», cit., p. 1217.

⁹⁸ De alguna manera, éste parece ser también el sentido del término "presunción" en *Las Partidas* de Alfonso el Sabio: «presuncion: que quiere dezir, como grand sospecha, que vale tanto en algunas cosas como auerigamiento de preua», Ley VIII del Título XIV de la Tercera Partida.

⁹⁹ Así, J. BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., vol. I, p. 31; F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, Roma, 1949, p. 259; S. BORGHESE, «Presunzioni (diritto penale e diritto processuale penale)», en *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, 1966, p. 773; S. C. DE MICHELE, voz «Indizio», cit., p. 382.

En la jurisprudencia española se produce también esta identificación; por ejemplo, cuando se afirma, a propósito de una prueba indiciaria, que es «una modalidad del razonamiento inductivo... y está muy próximo, por tanto, al mecanismo de las presunciones que como elemento de juicio más que medio de prueba configura el Código Civil (STS de 20-9-1990, Sala especial contencioso-administrativa, fundamento segundo). Pero la jurisprudencia a veces es incluso más precisa e identifica la prueba indiciaria o circunstancial o indirecta con las presunciones *hominis*. Así, por ejemplo, se habla de «la prueba de indicios o "*praesumptionis hominis seu iudicis*"» (STS 1010/1994, Sala 2.ª, Fundamento primero).

¹⁰⁰ Así —se dice— «sana crítica y apreciación razonada significan lo mismo: libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de experiencia», H. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, Zavallía, 1976, t. I, p. 99. En el mismo sentido, G. A. MICHELLI, quien entiende que las presunciones *hominis* «se refieren a la formación de la convicción del juez» sin imponerle ningún vínculo, lo que las diferencia de las presunciones legales, donde la regla de experiencia ha asumido ya eficacia normativa, *La carga de la prueba*, cit., p. 181.

Dado que la convicción que proporciona el esquema probatorio de las presunciones simples encuentra su fundamento en la experiencia común, que muestra cómo a ciertos hechos les siguen normalmente otros, suele exigirse, por lo general, un enlace preciso y directo entre el hecho conocido y el desconocido¹⁰¹. Y, desde luego, en la medida en que ese enlace "preciso y directo" entre el hecho conocido (o indicio) y el hecho desconocido pretenda asegurar el uso de máximas de experiencia correctas, proscribiendo aquellas que resulten arbitrarias por carecer de referente empírico, no hay nada que objetar: al contrario, la validez del procedimiento presuntivo depende muy fundamentalmente de la corrección de las máximas de experiencia usadas¹⁰². Tradicionalmente, sin embargo, se viene exigiendo también que el indicio (el hecho conocido del que se parte para "presumir" otro desconocido) reúna una serie de requisitos sin los cuales el procedimiento presuntivo carecería de capacidad probatoria¹⁰³, requisitos que, a mi juicio, ponen de manifiesto algunos prejuicios y malentendidos sobre la naturaleza de este procedimiento.

El primero y principal de estos requisitos es la *certeza*: el indicio o hecho conocido debe estar fehacientemente probado mediante los medios de prueba procesalmente admitidos, lo que excluiría como posibles indicios las meras "sospechas" o "intuiciones" del juez, que no se basan en ningún hecho probado, pero también aquellos hechos de los que sólo quepa predicar su probabilidad y no su certeza incuestionable¹⁰⁴. Precisamente esta segunda exclusión es la base del rechazo de los llamados "indicios mediatos", es decir, aquellos que han sido probados mediante otro u otros indicios¹⁰⁵.

¹⁰¹ En el Código Civil español, las presunciones *hominis* están recogidas en el art. 1.253: «Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

¹⁰² Las reglas o máximas de experiencia erróneas, al atribuir a los hechos un valor indiciario que no les corresponde, conducen a resultados que contradicen la realidad. Ejemplos extremos de esta distorsión de la realidad estaban presentes en las ya comentadas "ordalías": en el "*judicium feretri*", construido sobre la regla de que el cadáver produce ciertos signos en presencia del homicida; y en el "*judicium aquae frigidae*", construido sobre la máxima de que, siendo el agua un elemento puro, rechaza al culpable, de modo que todos los culpables flotan y, por tanto, no hundirse es indicio de culpabilidad. *Vid.* S. C. DE MICHELE, «Indizio», cit., pp. 381-382.

¹⁰³ *Vid.* I. MUÑOZ SÁBATE, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Barcelona, Praxis, 2.ª ed., 1983, pp. 208 ss.; A. MARTÍNEZ ARRIETA, «La prueba indiciaria», cit., pp. 64 ss.; J. DELGADO GARCÍA, «Prueba de indicios», en *La prueba en el Derecho penal II*, Madrid, CGPJ, 1996, pp. 375 ss.; A. P. RIVES SEVA, *La prueba en el proceso penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996, pp. 99 ss. Una exposición de tales requisitos en la doctrina italiana, S. C. DE MICHELE, «Indizio», cit., p. 382 ss.

¹⁰⁴ *Vid.*, a título de ejemplo, para la doctrina española, L. PRIETO-CASTRO, *Derecho procesal civil*, Madrid, Tecnos, 4.ª ed., 1988, p. 193: para que la presunción sea admisible «es preciso que el hecho base o indicio esté completamente demostrado».

¹⁰⁵ El rechazo de los indicios mediatos es una constante en la doctrina procesalista y en la jurisprudencia. Así, puede leerse de un Magistrado del TS: «El primer requisito de la prueba

Que las sospechas o intuiciones del juez no puedan fundar la prueba del indicio es algo fuera de dudas, pues es evidente que un simple presentimiento no puede ser prueba de nada. Pero rechazar el procedimiento presuntivo o indiciario como prueba válida de un indicio muestra, por un lado, una exagerada e injustificada minusvaloración de este tipo de procedimiento y, por otro, un malentendimiento de los procedimientos reales de prueba. Lo primero, porque la prueba indirecta, presuntiva o indiciaria, a pesar de no ser un argumento demostrativo, si se realiza rigurosamente puede conducir a resultados fiables. Lo segundo, porque a la tradicional distinción entre pruebas directas (o históricas: las testimoniales y las documentales, fundamentalmente) y pruebas indirectas (las indiciarias) no puede atribuirse una relevancia epistemológica extrema: parece olvidarse que, desde el punto de vista de su estructura, la mayor parte de las pruebas judiciales (también las tradicionalmente llamadas directas) son indirectas o indiciarias¹⁰⁶. Por lo demás, llevada hasta sus últimas consecuencias, esta posición conduce a una conclusión paradójica: si se rechaza un indicio mediato por considerar que tiene un bajísimo o nulo grado de solidez epistemológica, lo que se está poniendo en cuestión es la validez misma

indiciaria exige que el indicio esté acreditado a través de prueba directa [recordemos que se trata de la noción "canónica" de prueba directa]... sin que pueda admitirse que el mismo resulte, a su vez, acreditado por prueba indiciaria, ... dados los riesgos evidentes que resultarían de una concatenación de indicios... La conclusión ha de ser inmediata, sin que sea admisible que al hecho consecuencia pueda llegarse a través de varias deducciones o cadenas de silogismos», A. MARTÍNEZ ARRIETA, «La prueba indiciaria», cit., pp. 64-65.

La doctrina de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo es contundente en este aspecto, al establecer que uno de los requisitos de la prueba circunstancial o indiciaria es que «el hecho periférico esté absolutamente probado o demostrado en su existencia por prueba directa; ya que no cabe deducir un indicio a partir de otro u otros» (STS de 11-11-86, Fundamento segundo); es decir, que «los hechos o datos indiciarios han de ser recogidos a virtud de prueba directa» (862/1994, Fundamento tercero).

Y también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aunque a veces tan sólo se dice que «los indicios han de estar suficientemente probados, pues no puede tratarse de meras sospechas» (STC 7/1994, FJ 8.º), otras veces se insiste en que «han de estar plenamente probados, porque no cabe construir certezas a base de simples probabilidades» (STC 174/1985, FJ 5.º), de donde parece deducirse el rechazo del indicio mediato.

¹⁰⁶ Como se señaló en su momento —epígrafe 5—, desde el punto de vista epistemológico, no hay una distinción cualitativa entre las tradicionalmente llamadas pruebas directas (o históricas) y las pruebas indirectas. Las «pruebas directas» son también, desde el punto de vista de su estructura lógica, pruebas indirectas, presuntivas o indiciarias, y, por tanto, producen tan sólo un resultado probable, por más que ese grado de probabilidad pueda ser mayor, habida cuenta del menor número de pasos inferenciales que requieren.

Resulta por ello paradójica la (reiterada) doctrina jurisprudencial que relega las presunciones judiciales a una función "subordinada" a la prueba directa (por ejemplo, SSTS de 1 de diciembre de 1979, 18 de marzo de 1980, 30 de octubre de 1980). Un entendimiento cabal de la prueba de presunciones, en cuanto actividad argumentativa del juez que opera sobre los resultados de los restantes medios de prueba, una vez valorados éstos, impide atribuirle una función supletoria. En este sentido, *vid.*, M. SERRA DOMÍNGUEZ, «Comentarios a los arts. 1.214, 1.215, 1.230 a 1.243 y 1.249 a 1.253», en *Comentarios al Código Civil Español*, M. Albaladejo (dir.), Madrid, 1981, t. 16, 2.º, p. 706. También H. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., t. II, p. 63.

del procedimiento indiciario; por tanto, habría que renunciar al uso del procedimiento indiciario en cualquier caso, es decir, también cuando el indicio ha sido probado mediante la llamada prueba directa. Esta conclusión, sin embargo, resulta inaceptable. Primero, porque —ya se ha dicho— el procedimiento característico de la prueba judicial es el de prueba indirecta o indiciaria, por lo que renunciar al mismo equivaldría a renunciar a la posibilidad de prueba. Y segundo, porque, si se asume la aptitud del procedimiento indiciario para probar hechos, no se entiende por qué no pueda servir para probar un indicio, es decir, un hecho que podrá ser utilizado, a su vez, como elemento de prueba. Podrá decirse quizá que cuando el indicio ha sido probado mediante procedimiento indiciario (indicio mediato) su fuerza probatoria es menor¹⁰⁷, pero nada permite anularla por completo.

Otro de los requisitos que, según una opinión clásica, debe reunir el indicio es la *precisión o univocidad*: el indicio es unívoco o preciso cuando conduce necesariamente al hecho desconocido; es, por el contrario, equívoco cuando puede ser debido a muchas causas, o ser causa de muchos efectos¹⁰⁸. Este requisito arrastra consigo la distinción entre indicios "necesarios" (los precisos o unívocos) y "contingentes" (los equívocos), que se proyecta sobre la teoría de la prueba exigiendo eliminar la equivocidad de los segundos para poder utilizarlos como elementos de prueba, por ejemplo, mediante el procedimiento de eliminación de hipótesis. Si bien se mira, sin embargo, la distinción entre indicios necesarios y contingentes es irrelevante en un doble sentido: primero, porque los llamados indicios necesarios no hacen referencia a la prueba de estructura indiciaria, indirecta o presuntiva, sino a un razonamiento de tipo demostrativo; es decir, a lo que hemos llamado "prueba deductiva"¹⁰⁹. Y segundo, porque la gran mayoría de los indicios son contingentes o probables, por lo que el dato de la contingencia, en sí mismo, no tiene mucha relevancia. Pero conecta con un tercer requisito: la pluralidad de indicios.

¹⁰⁷ Este dato ya lo subrayaba BENTHAM, al señalar la admisibilidad del indicio mediato: «No se debe excluir ni rechazar nunca nada de aquello que pueda servir o que se pueda ofrecer con el carácter de prueba circunstancial; en particular no se puede excluir nada en razón a que se lo supone carente de fuerza probatoria. ¿Por qué se habría de excluir? Si produce un efecto, es útil; y si no lo produce, es inocuo». Otra cosa es que «en una cadena de pruebas compuesta de un gran número de eslabones, cuantos más eslabones intermedios haya entre el primer hecho circunstancial y el hecho principal, menor será con relación a éste su fuerza probatoria», *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., vol. I, pp. 363 y 365. Se hace eco también de esta opinión, I. MUÑOZ SÁBATE, *Técnica probatoria*, cit., pp. 212-213.

¹⁰⁸ Así puede leerse en STC 133/1995: el indicio «ha de ser inmediato y necesario, grave y concluyente... para reducir al máximo el margen de indeterminación o error del juicio probabilístico en que consiste». Y, de nuevo, para la doctrina italiana, S. C. DE MICHELE, «Indizio», cit., p. 383, G. BELLAVISTA, «Indizi», cit., p. 229.

¹⁰⁹ También G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, UTET, 1995, pp. 45-46.

El requisito de la *pluralidad* de indicios hace referencia a la necesidad de que la prueba de un hecho se funde en más de un indicio¹¹⁰. Además, este requisito suele acompañarse del de la *concordancia*, que-riéndose exigir con ello que los (plurales) indicios confluyan en una reconstrucción unitaria del hecho al que se refieran. El requisito de la pluralidad de indicios parece lógico al menos por dos razones: primero, porque es una manera de evitar el riesgo de que en base a un único dato, que, como ya se ha dicho, es esencialmente equívoco, se establezca una conclusión errónea; segundo, porque el procedimiento indiciario o de prueba indirecta es inductivo, por lo que su resultado es de mera probabilidad, de manera que cuantos más indicios apoyen ese resultado más fiable será. Con todo, nada excluye, en principio, que un cierto hecho pueda ser probado a partir de un solo indicio si su calidad epistemológica, y, por tanto, su valor probatorio, es muy elevada¹¹¹.

Llegados a este punto pueden hacerse algunas consideraciones generales sobre el papel de las presunciones en la prueba judicial. Dejando al margen las presunciones simples, que se reconducen al supuesto general del conocimiento inductivo a partir de indicios, las presunciones legales no proporcionan información empírica; no son procedimientos de prueba, sino normas jurídicas que, para proteger ciertos valores, establecen legalmente la verdad de un hecho sin posibilidad de prueba en contrario (si son presunciones *iuris et de iure*) o con posibilidad de prueba en contrario, regulando la carga de la prueba (si son presunciones *iuris tantum*). Esta constatación es importante, porque significa que allí donde funcionan las presunciones se establece procesalmente como verdadera una situación que puede ser falsa, y por ello es preciso reforzar las garantías procesales tendentes a la búsqueda de la verdad, antes de que ésta se convierta en verdad "final" a través del efecto de cosa juzgada.

Así, en relación con las presunciones *iuris tantum* —como la de inocencia—, el interés epistemológico del proceso exige no establecer trabas legales injustificadas para poder deshacerlas (es decir, para poder proporcionar pruebas que, aportando información empírica, permitan contradecir la conclusión presumida); y en el caso particular de las presunciones materiales de hecho, que aparte de garantizar ciertos valores ideológicos pueden también estar motivadas por la dificultad de probar los hechos, tal vez el desarrollo científico y tecnológico

¹¹⁰ Este requisito es una constante tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como en la del Tribunal Supremo. *Id.*, a título de ejemplo, STC 111/1990 o STS 1010/1994.

¹¹¹ Es lo que ocurre, por ejemplo, con el uso de ciertas pruebas biológicas con un elevado nivel de fiabilidad.

Por ejemplo, la hipótesis "A es el agresor de B" tal vez podría probarse por un solo indicio: el resultado de una prueba biológica que estableciese que «en el cuerpo de la víctima se han encontrado restos de sangre, tejidos y cabellos pertenecientes a A».

podiera incluso propiciar su desaparición en algunos casos. Con referencia a las presunciones *iuris et de iure*, la regla habría de ser reducir al mínimo su incidencia en el sistema probatorio, bien suprimiéndolas cuando no sean absolutamente necesarias, bien minimizando sus efectos distorsionadores¹¹². En particular, en relación con el efecto de cosa juzgada, se trataría de exigir la motivación de los hechos permitiendo una fiscalización de la misma antes de que tal efecto se produzca, lo que en todo caso debería posponerse tanto como lo permita la seguridad jurídica.

10) LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

a) La libre convicción como principio metodológico (negativo) y los criterios (positivos) de valoración

La valoración de las pruebas es el juicio de aceptabilidad de los resultados producidos por los medios de prueba. Consiste, más propiamente, en la verificación de los enunciados fácticos introducidos en el proceso a través de los medios de prueba, así como en el reconocimiento a los mismos de un determinado valor o peso en la formación de la convicción del juzgador sobre los hechos que se juzgan. Teniendo en cuenta que la fijación judicial de los hechos se produce a través de un procedimiento institucionalizado, es posible configurar dos distintos modelos de valoración, dependiendo de que ésta venga o no predeterminada jurídicamente: el modelo de prueba "legal o tasada" y el modelo de prueba "libre".

El modelo de "prueba legal", al que ya se hizo alusión, es en realidad un caso especial de valoración "formal", entendiendo por tal la predeterminada por un juicio superior y previo al del propio juzgador, en este caso el que establece alguna norma jurídica¹¹³. El legislador fija taxativamente el valor a asignar a cada uno de los medios de prueba y el juez se limita a aplicar a la prueba los baremos establecidos por el legislador. Viniendo determinada la valoración "en abstracto", a través de una norma jurídica, la prueba legal desdibuja claramente el objetivo de búsqueda de la verdad propio de un modelo cognos-

¹¹² Una mitigación de este tipo es, por ejemplo, la que se ha llevado a cabo con la admisión de las pruebas genéticas en los procedimientos de filiación. En un tiempo se presuponía la paternidad matrimonial (bajo ciertos presupuestos fácticos), salvo prueba en contrario. Formalmente, pues, se trataba de una presunción *iuris tantum*; pero, teniendo en cuenta la dificultad de prueba contraria, funcionaba en realidad como una presunción *iuris et de iure*. Sólo la aparición y admisión de la prueba genética —cuyo grado de fiabilidad es elevadísimo— ha hecho de ella una auténtica presunción *iuris tantum*.

¹¹³ Remitimos, por todas, a la siguiente definición: se habla de "prueba legal" cuando el juez «está ligado por vínculos normativos para la valoración de los resultados de la prueba y la formación de su propio convencimiento sobre la cuestión de hecho», C. FURNO, *Teoría de la prueba legal*, cit., p. 144.

citivista, pues, garantizando los distintos medios de prueba resultados sólo probables, es muy posible que, en el caso concreto, el grado de probabilidad alcanzado por una determinada prueba resulte insuficiente para fundar la decisión, por más que el legislador le haya atribuido un valor específico. En un modelo cognoscitivista, las únicas valoraciones legales admisibles serían aquellas que constituyan un reflejo de medios de prueba científicamente contrastados y de fiabilidad prácticamente absoluta. Simétricamente, la “libre convicción”, al permitir al juzgador desligarse de cualquier valoración preconstituida, propicia la averiguación de la verdad.

Naturalmente, el rechazo de la prueba legal y la adquisición del principio de libre convicción tiene sentido, desde el punto de vista epistemológico, sólo si se asume que la prueba judicial de los hechos no proporciona resultados irrefutablemente verdaderos, sino sólo probables. Es entonces cuando debe descartarse, por inconsecuente con los presupuestos epistemológicos de los que se parte, cualquier valoración predeterminada de los medios de prueba. El principio de libre convicción viene a levantar acta de esta situación, proscribiendo que, en el objetivo de buscar la verdad sobre los hechos de la causa, deba darse por probado lo que, a juicio del juzgador, todavía no goza de un grado de probabilidad aceptable¹¹⁴. Por eso dice FERRAJOLI que las pruebas son «condiciones necesarias pero nunca suficientes por sí solas para justificar la convicción de culpabilidad, que, en este sentido (pero sólo en este sentido), puede, por tanto, ser reputada “libre”»¹¹⁵. La libre convicción es, en suma, un principio metodológico (negativo) que consiste simplemente en el rechazo de las pruebas legales como suficientes para determinar la decisión y que constituye por ello una auténtica garantía epistemológica y —en el ámbito penal— también, derivadamente, una garantía de libertad¹¹⁶.

¹¹⁴ En los ordenamientos actuales, el principio de libre valoración se ha asumido plenamente en el proceso penal; no así en el proceso civil, donde el modelo de prueba legal ha sido suplantado generalmente por modelos mixtos; es decir, modelos en los que algunos medios de prueba —normalmente la confesión en juicio y la prueba documental— tienen legalmente asignado un valor, mientras los restantes medios de prueba quedan a la libre apreciación del juez. Éste es también el caso del sistema procesal civil español, donde puede hablarse de un sistema legal de valoración, establecido a través de reglas que “hipervaloran” determinados medios de prueba (así arts. 580 LEC y 1.238 CC, sobre la confesión, y art. 1.218 CC, sobre documentos públicos), y de un sistema libre de valoración para la prueba pericial y la testifical (arts. 609, 632 y 659 LEC). No obstante, el Tribunal Supremo ha mitigado el principio de prueba legal imponiendo la «apreciación conjunta de la prueba», sin discriminación de medio probatorio alguno; *vid.*, por todos, V. GIMENO SENDRA, en J. ALMAGRO y otros, *Derecho Procesal*, t. I (vol. I), Parte General, Proceso Civil (1), cit., pp. 311-12; y, en el mismo volumen, V. CORTÉS, quien interpreta la “apreciación conjunta” como la excusa que utiliza el Tribunal Supremo para quitar valor probatorio especial a los documentos y a la confesión (pp. 385-86).

¹¹⁵ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 611.

¹¹⁶ Para insistir en que no se trata de un “criterio positivo de decisión” sobre la verdad alternativo al de las pruebas legales, L. FERRAJOLI se refiere también a la libre convicción como un «trivial principio negativo». Y precisamente porque constituye también una garantía de liber-

Sin embargo, aunque éste fuera su sentido originario en la Ilustración¹¹⁷, no es así como se ha concebido por amplios sectores de la ciencia y la praxis procesal postilustrada, donde la libre valoración pasó pronto a ser entendida como *valoración libre*, sin sujeción a reglas de ningún tipo: el juez —se dice— llega a la libre convicción de los hechos a través de un sistema intelectual tan particular y subjetivo como el de cada persona¹¹⁸. La libre convicción se interpreta entonces como una convicción “íntima”, y por tanto intransferible e intransferible, sobre los hechos que se enjuician¹¹⁹; una especie de momento “místico”, “extático” del juzgador, insusceptible de ser captado por los demás y, en consecuencia, incontrolable. De manera que lo que en un primer momento fue un principio metodológico (negativo) culminó finalmente en un principio (positivo) de valoración capaz incluso de suplantar las pruebas¹²⁰: la valoración libre e incontrolable del juez, que es una puerta abierta a la pura arbitrariedad judicial.

En el contexto de un modelo “cognoscitivista” de fijación de los hechos, que asume el carácter meramente “probabilístico” de los resultados alcanzados, la libre valoración no puede interpretarse más que en su significado primigenio: un principio metodológico (negativo). Pero un principio metodológico y sólo eso. No, por tanto, un criterio (positivo) de valoración, alternativo a la valoración formal o tasada, y menos aún de valoración libre o sin pruebas. Puede decirse, en suma, que, del modelo cognoscitivista deriva para la valoración de la prueba una garantía epistemológica:

(iv) se proscribe el esquema de valoración tasada y se impone el de libre valoración, interpretado como un principio metodológico (negativo) que permite al juzgador no dar por probados enunciados fácticos que estime insuficientemente probados.

tad, dice el autor que el principio de libre convicción significa: 1) la no presunción legal de culpabilidad en presencia de tipos de prueba abstractamente previstos por la ley; 2) la presunción de inocencia en ausencia de pruebas concretamente convincentes de su falsedad; 3) la carga para la acusación de exhibir tales pruebas, el derecho de la defensa a refutarlas y el deber del juez de motivar conforme a ellas la propia convicción en caso de condena; y 4) la cuestionabilidad de cualquier prueba; *Derecho y razón*, cit., p. 139.

¹¹⁷ Remitimos a lo expuesto en I, 2), b), 1.º

¹¹⁸ Esto puede leerse en la «Introducción» de un conocido manual español (F. GÓMEZ DE LIAÑO, *La prueba en el proceso penal*, Oviedo, Forum, 1991). Pero los ejemplos, tanto doctrinales como jurisprudenciales, serían innumerables.

¹¹⁹ Hasta tal punto ha cuajado la interpretación de la libre valoración como convicción íntima e intransferible del juzgador, que hay quien aboga por la colaboración de la psicología con el proceso penal, porque —entre otras cosas— ayudaría a estudiar la psicología del juez, cosa que permitiría averiguar —y eventualmente criticar y orientar— el modo de formación de la libre convicción; F. GIANNITI, *L'importanza della psicologia e della sociologia nel processo penale*, Bologna, Pàtron Editore, 1979, p. 13.

¹²⁰ La libre convicción ha llegado a definirse como la convicción adquirida por la prueba de autos, *sin* la prueba de autos y *contra* la prueba de autos, E. J. COUTURE, «Las reglas de la sana crítica», en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1949, II, p. 221.

Pero además, en tanto que principio metodológico, la libre convicción, en sí misma, no sólo no es sino que tampoco impone ningún criterio (positivo) de valoración; es decir, todavía no dice nada sobre cómo valorar, cómo determinar el grado de aceptabilidad de los resultados probatorios.

En efecto, al margen de las funestas —por antigarantistas— consecuencias que se derivan de la interpretación del “principio de libre valoración” como “criterio (positivo) de valoración libérrima e íntima”, es preciso observar que éste, en cualquier caso, no viene exigido por el reconocimiento de aquel principio. Pero tampoco viene exigido ningún otro criterio de valoración alternativo¹²¹. El principio de libre valoración de la prueba «no significa *per se* la asunción de una idea “científica” de la prueba o de la fijación de los hechos. Libre valoración significa valoración discrecional, por cuanto no vinculada a la ley: cómo se “colme” después el ámbito del juicio de hecho que la ley no disciplina es en sí mismo un problema. Puede suceder que el problema se resuelva adoptando modelos científicos de verdad, pero también puede suceder que bajo la etiqueta de libre convencimiento se dé paso a la irracionalidad y a la arbitrariedad del juez o, por el contrario, a un concepción formalista de la verdad de los hechos»¹²².

Ahora bien, si el principio de libre valoración, en sí mismo, no dice cuáles son los criterios de valoración que han de usarse, el modelo cognoscitivista de fijación de hechos sí que proporciona algunas claves sobre el particular: por una parte, proscribiendo algunos criterios de valoración; por otra, indicando el tipo de criterios que han de usarse.

Con respecto a lo primero, y como ya se ha indicado, en un modelo cognoscitivista, donde lo que se pretende valorar es la correspondencia de los enunciados con los hechos, la valoración no puede entenderse —como ha sido frecuente hasta ahora y en ciertas instancias aún lo sigue siendo, sobre la base de una “torcida” e ideológica interpretación de la libre convicción— como una convicción íntima, libre, incommunicable, intrasferible, y por ello irracional, incontrolable y arbitraria, pues es obvio que la “íntima” convicción no puede justificar por sí misma la verdad de los enunciados. Si se quiere, la valoración no puede verse como un modo de formación o construcción de una “verdad procesal” ajena al control racional: «la libre apreciación no es libertad para la arbitrariedad»¹²³; el juez ha de ser libre para valorar discre-

¹²¹ La formulación de la libre convicción —dice FERRAJOLI— «no cierra sino que abre el problema de la identificación de las condiciones probatorias que justifican la convicción», *Derecho y razón*, cit., p. 140.

¹²² M. TARUFFO, «Modelli di Prova e di Procedimento Probatorio», cit., p. 438.

¹²³ H. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., p. 109. «La libertad del juez no le exige de someterse a las reglas de la lógica», id., «Iniciativa probatoria del juez civil», en *Revista de Derecho Procesal*, 1967, p. 650.

cionalmente la prueba, pero no puede ser libre de no observar una metodología racional en la fijación de los hechos controvertidos¹²⁴. Por ello, con respecto a lo segundo, un modelo cognoscitivista lleva implícita la exigencia de suministrar reglas o criterios “científicos” de valoración de la prueba; o sea, *reglas o criterios racionales* de determinación de la verdad de los hechos de la causa. Si en el mundo moderno el método científico, y no la revelación o la intuición, constituye el paradigma de verdad, parece razonable que el logro de la verdad judicial, que no es sino una especialidad de verdad, deba acudir también a ese método a la hora de valorar o verificar las pruebas aportadas.

Siendo la valoración un juicio de *aceptabilidad* de los enunciados fácticos en que consisten los resultados probatorios, y teniendo en cuenta que éstos se considerarán aceptables cuando su *grado de probabilidad* se estime suficiente, los criterios (positivos) de valoración indican cuándo un enunciado fáctico ha alcanzado un grado de probabilidad suficiente y mayor que cualquier otro enunciado alternativo sobre los mismos hechos. En otras palabras, descartada la confianza en la obtención de algún tipo de “verdad absoluta” en el proceso, pero descartada también la concepción de la valoración de la prueba como actividad subjetiva y/o esencialmente irracional —por incompatible con el objetivo de un modelo cognoscitivista—, la valoración de la prueba ha de concebirse como una actividad racional consistente en la elección de la hipótesis más probable entre las diversas reconstrucciones posibles de los hechos¹²⁵. Por eso, el objetivo de los modelos de valoración ha de ser proveer esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de tales hipótesis. Muy simplemente, los esquemas de valoración racional son necesariamente esquemas probabilísticos.

b) Los modelos probabilísticos de valoración

Existen al menos dos grandes esquemas o modelos de evaluación racional del grado de probabilidad de las hipótesis: a) los modelos de valoración basados en la aplicación de métodos o instrumentos matemáticos; y b) los modelos de valoración basados en esquemas de confirmación. Ambos modelos se corresponden con las dos grandes nociones de probabilidad: la matemática o estadística, que entiende

¹²⁴ M. TARUFFO, «Libero convincimento del giudice», *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1990, p. 2.

¹²⁵ Al hilo de un análisis comparatista entre el modelo de prueba del *Common Law* y el del *Civil Law*, M. TARUFFO resalta precisamente una convergencia entre ambos que se cifra no sólo en la consciencia de la intrínseca estructura probabilística de la decisión factual, sino también, y sobre todo, en la posibilidad y aun necesidad de un control racional sobre la misma tendente a verificar la elección de la hipótesis racionalmente más aceptable entre las distintas reconstrucciones posibles de los hechos de la causa, *vid.* «Modelli di Prova e di Procedimento Probatorio», cit., pp. 420 ss., esp., 442 ss.

la probabilidad de un suceso en términos de frecuencia relativa de la clase de eventos a la que pertenece; y la lógica o inductiva, que concibe la probabilidad de (la verdad de) un enunciado en términos del grado de confirmación que los elementos de prueba le atribuyen ¹²⁶.

Ha sido sobre todo en el ámbito de la cultura y la praxis jurisprudencial del *common law* donde estos modelos han recibido un desarrollo notable, pues la idea del carácter probabilístico de la decisión judicial ha propiciado el surgimiento de una importante corriente de pensamiento, la *New Evidence Scholarship*, inspirada por el objetivo de establecer modelos científicos de valoración de la prueba mediante operaciones lógicas controlables ¹²⁷. Dentro de esta corriente cabe distinguir, en efecto, dos grandes modelos de valoración: 1) el de probabilidad inductiva o lógica (no matemática, sino causal), que es en realidad un modelo de racionalización del proceso basado en el procedimiento de eliminación de hipótesis ¹²⁸; y 2) el de probabilidad matemática o estadística, que intenta proyectar los instrumentos matemáticos del cálculo de probabilidades al proceso de valoración judicial de los hechos ¹²⁹.

1.º El modelo matemático-estadístico

Pese a que la concepción lógica o inductiva de la probabilidad goza de una estimable historia ¹³⁰, en los últimos tiempos es el modelo matemático el que ha merecido mayor atención. Ello tal vez se explique por «la necesidad de introducir criterios generales [cuantitativos] de valoración de la prueba aptos para neutralizar la influenciabilidad emotiva de los jurados», en cuanto jueces de hecho, así como por la «au-

¹²⁶ Remitimos a cuanto se dijo en 2), a), 2.º

¹²⁷ Sobre la *New Evidence Scholarship*, vid. W. TWINING, «Evidence and Legal Theory», en *Modern Law Review*, núm. 47, núm. 3, 1984, ahora en A. AARNIO y N. MACCORMICK (eds.), *Legal Reasoning*, Aldershot-Hong Kong-Singapore-Sydney, Dartmouth, 1992; también de W. TWINING, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1985; P. TILLERS, «Evidence, Uncertainty and the Rule of Law», y R. LEMPERT, «The New Evidence Scholarship: Analyzing the process of proof», ambos en *Boston Univ. Law Rev.*, núm. 66, 1986, pp. 381 ss. y 439 ss.

¹²⁸ Representan esta tendencia los seguidores del planteamiento abanderado por L. J. COHEN en *The probable and the Provable*, cit.

¹²⁹ Referencias bibliográficas sobre los debates entre estas dos grandes tendencias, en *Facts in Law*, W. TWINING (coord.), Wiesbaden, Franz Steiner Verlag, ARSP, núm. 16, 1983, que contiene contribuciones de L. J. COHEN, R. EGGLESTON, G. J. POSTEMA, W. TWINING, J. D. JACKSON, M. OCKELTON, A. R. WHITE, R. S. SUMMERS, D. HOLDCROFT y A. ZUCKERMAN. También R. EGGLESTON, «The Probability Debate», *The Criminal Law Review* (1980), ahora en *Legal Reasoning*, A. AARNIO y N. MACCORMICK (eds.), cit., vol. II.

¹³⁰ Por ejemplo, más allá de BACON, pueden considerarse intentos de racionalizar la valoración de la prueba con los esquemas de la probabilidad inductiva los desarrollos de J. BENTHAM y DE WIGMORE; vid. W. TWINING, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, cit.

sencia de una obligación de motivación del veredicto que sirviera de contrapeso al principio de libre convicción» ¹³¹; o quizá también porque en los últimos años la evolución de las técnicas de análisis y de la *forensic science* ha proporcionado una amplísima gama de pruebas científicas (de estructura probabilístico-estadística) que pueden ser usadas en los más diversos supuestos, tanto civiles como penales ¹³²; o simplemente porque la aparición de la obra de J. COHEN (*The probable and the Provable*), con su confrontación entre lo que él llama probabilidad “pascaliana” (matemática) y probabilidad “baconiana” (inductiva), ha suscitado la reflexión sobre la viabilidad de la primera como modo de racionalización del proceso judicial sobre hechos ¹³³. Sea como fuere, lo cierto es que en las últimas décadas los modelos matemáticos se han desarrollado con fuerza.

El intento de llevar al proceso el cálculo matemático de probabilidades se ha operado fundamentalmente con la aplicación del teorema de BAYES a las inferencias jurídicas basadas en “probabilidades subjetivas” ¹³⁴. De todas formas, y aunque el “bayesianismo” ha terminado convirtiéndose en una moda o incluso en una especie de “ortodoxia teórica” ¹³⁵, sobre todo en el ámbito estadounidense, es de señalar que recientemente se han propuesto nuevos modelos matemáticos de valoración racional de las pruebas que, al igual que los modelos de la probabilidad inductiva o lógica, intentan superar o paliar las deficiencias del modelo bayesiano convencional; es el caso del modelo de *belief functions*, desarrollado por Glenn SHAFER ¹³⁶, y el *Evidentiary*

¹³¹ E. M.ª CATALANO, «Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione», en *Rivista di Diritto Processuale*, año LI, núm. 2, 1996, p. 516. Por parecidos motivos («las cuestiones relativas a la probabilidad deben resolverse mediante consideraciones objetivas, no por inclinaciones subjetivas a aceptar o rechazar una conclusión»), D. MENDONÇA se pronuncia también en favor de la racionalización de la probabilidad a través de los instrumentos del cálculo matemático-estadístico. Frente a la concepción de la probabilidad en términos de «medida de creencia», resulta preferible —dice el autor— «sostener que la conclusión de la inferencia inductiva es probable... porque una proporción *r* de veces en que se utiliza tal inferencia se descubre que, cuando las premisas son verdaderas, la conclusión también lo es», *Interpretación y aplicación del derecho*, cit., p. 84.

¹³² M. TARUFFO, «Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense», en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, t. VIII, 1996, núm. 2, p. 206.

¹³³ R. M. EGGLESTON, «Generalisations and Experts», en *Facts in Law*, W. TWINING (coord.), cit., p. 25.

¹³⁴ La “probabilidad subjetiva” indica el grado de creencia personal de un *factfinder* racional sobre el acaecimiento de un suceso incierto. Sobre el concepto de “probabilidad subjetiva” —desarrollado por BERNOULLI (*Ars Conjectandi*, 1713)— vid. I. HACKING, *The Emergence of Probability: a Philosophical Study of Early Ideas about Probability, Induction and Statistical Inference*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1975, 3.ª reimp., 1987; o L. J. SAVAGE, *The Foundations of Statistics*, 2.ª ed., New York, Dover, 1972.

¹³⁵ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 166.

¹³⁶ G. SHAFER, *A mathematical Theory of Evidence*, Princeton, Princeton University Press, 1976. En cierto sentido, el modelo es una generalización del bayesiano, pero presenta algunas ventajas sobre el mismo, en la medida en que permite medir no sólo la probabilidad de una hipótesis ante una concreta información, sino también si un determinado cuerpo de información

Value Model, desarrollado por los suecos P. O. EKELOF, S. HALLDÉN y M. EDMAN¹³⁷. En todo caso, tal vez habría que aceptar la propuesta de R. D. FRIEDMAN de reservar el término “probabilidad” para la teoría convencional de la probabilidad matemática; y no sólo para facilitar la comunicación y evitar confusiones, sino también, y sobre todo, porque los otros modelos son útiles para tratar algunos otros aspectos de la creencia parcial que no son probabilidad. Precisamente en operar de manera distinta a la teoría convencional, tratando cuestiones diferentes, cifran estos modelos su valor¹³⁸.

El “modelo bayesiano” de valoración de la prueba es una aplicación de la teoría convencional de la probabilidad estadística a probabilidades subjetivamente determinadas¹³⁹. Su utilidad en el proceso reside —según los bayesianistas FINKELSTEIN y FAIRLEY— en que es una técnica que permite combinar información estadística sobre un cierto suceso con información no estadística. Tomemos el ejemplo de los autores.

El cuerpo de una mujer es encontrado en una cuneta en las afueras de la ciudad. Hay pruebas de que la difunta tuvo una violenta disputa con su novio (el acusado) la noche anterior y se sabe también que él la había golpeado en otras ocasiones. Además, se encuentra el arma del crimen: un cuchillo que tiene en el mango una huella coincidente con la del acusado. Según declaración de los expertos, esas huellas

es suficientemente “completo” para fundar la decisión. Una presentación del modelo en D. A. SCHUM, *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, New York, Wiley & Sons, Inc., 1994, pp. 225-243.

¹³⁷ Una exposición y discusión de la teoría en *Evidentiary Value: Philosophical, Judicial and Psychological Aspects of a Theory* (1983), ahora en traducción italiana de P. Garbolino, *La teoria del valore probatorio: aspetti filosofici, giuridici e psicologici*, P. GÄRDENFORS, B. HANSSON y N. SAHLIN (eds.), Milano, Giuffrè, 1997.

¹³⁸ R. D. FRIEDMAN, «Assessing Evidence», en *Michigan Law Rev.*, núm. 94, 1996, p. 1821.

¹³⁹ Aunque el uso del teorema de BAYES en la aplicación de la teoría convencional de la probabilidad estadística al Derecho permite hablar —como de hecho se hace— de un modelo “bayesiano”, conviene evitar confusiones: primero, el teorema de Bayes es un aspecto de la teoría de la probabilidad matemática cuya aplicación no se limita al concepto de probabilidad subjetiva; segundo, el uso del teorema de BAYES es sólo un aspecto de la aplicación de la teoría de la probabilidad a las inferencias basadas en probabilidades subjetivas. Es un instrumento esencial para hacer valoraciones probabilísticas en algunas situaciones, pero en otras situaciones no lo es o no es suficiente; *vid.* R. D. FRIEDMAN, «Assessing Evidence», cit., p. 1816, y D. H. KAYE, «What is Bayesianism? A Guide for the Perplexed», *Jurimetrics*, núm. 28, 1988, pp. 161 ss.

Sobre el modelo bayesiano puede verse, además, M. O. FINKELSTEIN y W. B. FAIRLEY, «A Bayesian Approach to Identification Evidence», *Harvard Law Rev.*, núm. 83, 1970, pp. 484 ss., e *id.*, «A Comment on “Trial by Mathematics”» (una respuesta a Tribe), *Harvard Law Rev.*, núm. 84, 1971, pp. 1801 ss.; los trabajos del simposio «Probability and Inference in the Law of Evidence», en *Boston Univ. Law Rev.*, núm. 66, 1986; los del simposio «Decision and Inference in Litigation», en *Cardozo Law Rev.*, núm. 13, 1991; D. A. SCHUM, *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, cit.; C. G. G. AITKEN, *Statistics and the Evaluation of Evidence for Forensic Scientists*, Chichester, John Wiley & Sons Ltd., 1995; B. ROBERTSON y G. A. VIGNAUX, *Interpreting Evidence: Evaluating Forensic Science in the Courtroom*, Chichester, Wiley & Sons Ltd., 1995; E. M. CATALANO, «Prova indiziaria, Probabilistic Evidence e modelli matematici di valutazione», cit.; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 168 ss.

aparecen entre la población en uno de cada mil casos. La pregunta que podría plantearse es: «¿pertenece al acusado la huella encontrada en el arma?».

La prueba de sus relaciones con la difunta (que la había golpeado en diversas ocasiones y que habían mantenido una discusión violenta la noche anterior a la aparición del cadáver) sugiere que la huella puede ser suya; aunque, por sí sola, esta prueba no es ni mucho menos concluyente. Por otra parte, la estadística de uno-entre-mil nos impulsa fuertemente a creer que la huella es del acusado, pero la fuerza probatoria de esa estadística no es intuitivamente obvia. Pues bien, el teorema de BAYES es una técnica matemática que permite combinar la prueba no-estadística (de las relaciones entre el acusado y la difunta) con la prueba estadística (de la huella dactilar) proporcionando una valoración final de la probabilidad de que la huella pertenezca al acusado¹⁴⁰.

En su formulación más simple, el teorema de BAYES afirma que la probabilidad de un evento H, dado un evento E, puede determinarse en función de la frecuencia estadística con la que dado H se verifica E y de la probabilidad atribuida precedentemente al evento H.

$$P(H/E) = \frac{P(E/H)}{P(E/NO-H)} \cdot P(H)^{141}$$

P(H/E): probabilidad de H, dado un evento E (*posterior probability*).

P(E/H): frecuencia estadística con la que, dado H, se da E.

P(E/no-H): frecuencia estadística con la que, sin darse H, se da E.

P(H): probabilidad atribuida a H antes de saber si E se daba (*prior probability assessments*).

Aplicado a la valoración de la prueba, el teorema indica que la probabilidad subjetiva de H una vez que se conoce la verdad de E (*posterior probability*) experimentará una variación respecto a la probabilidad subjetiva atribuida a H antes de saber que E era verdadero (*prior probability*); y esa variación es proporcional a la fuerza probatoria de E, que puede ser cuantificada mediante la *ratio* entre P(E/H) y P(E/no-H). En suma, la fórmula bayesiana permite medir el impacto que, sobre la probabilidad subjetiva del hecho que se pretende probar, provoca la introducción de ulteriores elementos de prueba.

¹⁴⁰ M. O. FINKELSTEIN y W. B. FAIRLEY, «A Bayesian Approach to Identification Evidence», cit., pp. 498-500, e *id.*, «A Comment on “Trial by Mathematics”», cit., pp. 1801-1802.

¹⁴¹ *Id.* R. D. FRIEDMAN, «Assessing Evidence», cit., pp. 1812 ss., o L. H. TRIBE, «Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process», *Harvard Law Rev.*, núm. 84, 1971, esp., pp. 1350 ss.

En nuestro ejemplo, H puede ser la proposición «la huella dactilar encontrada en el cuchillo pertenece al acusado», E el nuevo elemento de prueba introducido («la huella dactilar encontrada en el cuchillo coincide con la del acusado») y P (H) la probabilidad subjetiva atribuida precedentemente a H por el juzgador a la vista del inicial material probatorio disponible (que «en ocasiones el acusado había golpeado a la víctima» y que «la noche anterior tuvieron una fuerte disputa»). La fórmula bayesiana indica el grado en que el conocimiento del nuevo elemento de prueba debe influir en la valoración final de la probabilidad del tema de prueba.

El elemento fundamental de la fórmula bayesiana es, pues, la *likelihood ratio* de E respecto de H:

$$\frac{P(E/H)}{P(E/\text{no-H})}$$

que mide la mayor (o menor) probabilidad con que E será verdadera siendo H verdadera que sin serlo. Si es más frecuente que E sea verdadero cuando se da H que cuando no se da —es decir, si P (E/H) es mayor que P (E/no-H)—, entonces la prueba de E incrementa la probabilidad de H. Por el contrario, si es menos frecuente que E sea verdadero cuando se da H que cuando no se da —es decir, si P (E/H) es menor que P (E/no-H)— entonces la prueba de E disminuye la probabilidad de H. Por último, si la frecuencia con que E es verdadero es la misma en presencia de H que en su ausencia, entonces la prueba de E es irrelevante para H¹⁴². En consecuencia, quienes propugnan la adopción del teorema de BAYES como modelo de valoración judicial de la prueba, sugieren que los peritos o “testigos expertos” deberían declarar en términos de la *likelihood ratio*: «Esta información E [coincidencia de las huellas] es R veces más probable si H es verdadera [si la huella pertenece al acusado] que si no lo es; por tanto la información E apoya con una fuerza R la proposición de que H es verdadera [la huella es del acusado]». O aún más precisamente: «cualquiera que sea la probabilidad que se le haya asignado a H sobre la base de otras pruebas, esta prueba E multiplica esa probabilidad por R»¹⁴³.

La adopción del teorema de BAYES como *modelo normativo* que establece cómo se ha de valorar la aportación de cualquier singular elemento de prueba ha sido objeto de numerosas críticas¹⁴⁴. Algunas

¹⁴² R. D. FRIEDMAN, «Assesing Evidence», cit., pp. 1814-15.

¹⁴³ B. ROBERTSON y G. A. VIGNAUX, *Interpreting Evidence: Evaluating Forensic Science in the Courtroom*, cit., p. 65.

¹⁴⁴ Sobre la oportunidad de adoptar o no el modelo bayesiano como modelo *normativo* se inició un debate a partir de los años 70 con motivo del llamado “caso Collins”, en el que la Corte Suprema de California anuló una condena alegando —con relación a la presentación de prueba matemática— que «mathematics, a veritable sorcerer in our computerized society...

de ellas están animadas por consideraciones prácticas. Llamen la atención, por ejemplo, sobre lo difícil que resulta para el juzgador cuantificar su valoración subjetiva previa (la *prior probability*)¹⁴⁵. O sobre lo difícil que resulta también determinar las frecuencias estadísticas de los elementos de prueba que han de valorarse: en la mayor parte de los casos no se dispone de datos de este tipo¹⁴⁶. O sobre el riesgo que entraña poner en manos de los jurados (o incluso de los jueces togados) instrumentos incomprensibles para ellos: tal vez no todos los “expertos” —se sostiene— serían realmente capaces de presentar la *likelihood ratio* con la precisión necesaria para su correcta comprensión¹⁴⁷; pero, aunque fueran capaces, los jurados (o los jueces) podrían incurrir en confusión¹⁴⁸. Por lo demás, la fórmula bayesiana supone un cálculo matemático relativamente simple en el caso-base de tener que valorar *una sola* prueba que versa *directamente* sobre la hipótesis a probar, que es además una hipótesis *simple*; pero la complicación del cálculo aumenta de manera impresionante, al punto de producir “indigestión intelectual”¹⁴⁹, cuando se usa para resolver situaciones más complejas, como la *pluralidad* de elementos de prueba relativos a la misma hipótesis, la *cascaed inference* o la prueba de una hipótesis referente a un *hecho complejo*¹⁵⁰.

Otras críticas, en cambio, ponen en cuestión la validez epistemológica del modelo en el campo judicial¹⁵¹, en la medida en que, por un lado, conduciría a resultados contraintuitivos y, por otro, resultaría

so distorted the role of the jury and so disadvantaged counsel for the defence, as to constitute in itself a miscarriage of justice», *People v. Collins*, 62 Cal 2d 319, 438 P 2d 33, recogido en *California Reporter*, núm. 66, 1968, pp. 497 ss. Extraigo el texto del caso y su referencia de L. H. TRIBE, «Trial by Mathematics...», cit., p. 1334. *Vid.* también sobre el caso en cuestión R. DE ASÍS, *Sobre el razonamiento judicial*, cit., p. 131, nota 67.

¹⁴⁵ L. H. TRIBE, «Trial by Mathematics», cit., pp. 1358-1359. Y, en todo caso, si son los propios juzgadores los que deben “cuantificar”, el cálculo deviene una operación subjetiva, pues seguramente personas diferentes atribuirán una probabilidad subjetiva diferente a las mismas proposiciones, *ibidem*, pp. 1348 ss.; *vid.* también M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 180.

¹⁴⁶ M. TARUFFO, *op. cit. ult.*, pp. 193 ss.

¹⁴⁷ B. ROBERTSON y G. A. VIGNAUX, *Interpreting Evidence*, cit., p. 92.

¹⁴⁸ Quizás el principal problema sea la posible confusión de P (E/H) con P (H/E) y de P (E/no-H) con P (no-H/E): es verdaderamente difícil para los expertos expresar la proposición «P (E/H) es mucho mayor que P (E/no-H)» en una forma verbal que no la haga sonar como «P (H/E) es mucho mayor que P (no-H/E)». Por este motivo, quienes propugnan el uso de este modelo de valoración en las Salas de los Tribunales, entienden que el mismo no logrará sus fines entretanto los expertos forenses, los jueces, los abogados y los jurados no se familiaricen con la más elemental teoría de la probabilidad, R. D. FRIEDMAN, «Assesing Evidence», cit., pp. 1836-37.

¹⁴⁹ D. A. SCHUM, *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, cit., p. 244.

¹⁵⁰ *Vid.* M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 172. R. D. FRIEDMAN, «Assesing Evidence», cit., pp. 1828 ss.

¹⁵¹ Una buena presentación de las críticas planteadas al uso de técnicas matemáticas en el proceso se ofrece en el trabajo de L. H. TRIBE, «Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process», cit., pp. 1329 ss.; e *id.*, «A Further Critique of Mathematical Proof»,

dudosamente compatible con principios fundamentales del ordenamiento. El blanco central de las críticas lo constituye aquí el papel desempeñado por las *prior probabilities* en el cálculo de la probabilidad final del tema de prueba. Si el valor de la *prior probability* (es decir, la probabilidad inicial atribuida a la hipótesis antes de la introducción del nuevo material probatorio) fuera muy bajo, también sería muy bajo el resultado de la valoración final, con independencia de que la probabilidad indicada por ese nuevo material probatorio fuese muy alta. Lo que resulta claramente contraintuitivo y, en todo caso, contrario al modo de operar de los tribunales. Pero, además, y conectado con ello, si la formulación de la *prior probability*, que se efectúa al inicio del proceso y que en el modelo bayesiano constituye la base para las sucesivas valoraciones de la prueba, estuviera viciada por un error inicial, podría atentar contra principios básicos del ordenamiento, como la presunción de inocencia. En suma, el uso del teorema de BAYES como modelo normativo produce una sobrevaloración de la probabilidad inicial y una injustificada minusvaloración del peso que tienen los distintos elementos probatorios en el resultado de la probabilidad final.

Todas estas críticas ponen de manifiesto la dificultad de fundar en el modelo bayesiano una teoría general de la valoración de la prueba, lo que no impide que en ciertos ámbitos (por ejemplo, en la valoración de las pruebas científicas) pueda resultar de utilidad. En cualquier caso, las críticas aludidas no invalidan un *uso didáctico* del modelo, en cuanto fórmula apta para simplificar —sobre la base del derecho probatorio vigente en el sistema— la resolución de problemas inherentes al *law of evidence* ¹⁵².

Aunque el modelo del cálculo de probabilidades estadísticas se presenta como una teoría de la valoración de la prueba, la discusión que genera se conecta con otra más amplia sobre la *admisibilidad* de la prueba estadística (*statistical items of evidence*) y sobre su *valor probatorio*. El problema principal que se pone de relieve es el riesgo de sobrevalorar los resultados de este tipo de pruebas, pues es constatable la desmesurada influencia (*overweighting thesis*) que la prueba estadística tiene sobre la prueba individualizada ya adquirida: mucho mayor que la influencia de un conjunto de pruebas no-estadísticas del mismo tipo. Se teme, en fin, que los jurados o los jueces —no necesariamente instruidos en este tipo de técnicas— atribuyan un peso desproporcionado a la prueba estadística.

La cuestión se plantea fundamentalmente con relación a las *pruebas científicas* de estructura estadística, que suelen ir doblemente asociadas

Harvard Law Rev., núm. 84, 1971, pp. 1810 ss. Puede verse también L. J. COHEN, *The Probable and the Provable*, cit., pp. 44 ss.; y M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 168 ss.

¹⁵² Vid. E. M. CATALANO, «Prova indiziaria...», cit., p. 521.

a datos estadísticos: por una parte, los relativos a la distribución entre la población del factor considerado; por otra, el margen de error implícito en el propio medio de prueba. A pesar del aura de infalibilidad que normalmente rodea este tipo de pruebas, su naturaleza esencialmente estadística obliga a un planteamiento más reflexivo sobre su *valor probatorio*.

Ejemplos relevantes de pruebas científicas de estructura estadística son las de peligrosidad que se efectúan en los procesos de *mass torts*, relativos a los daños en la salud producidos por el uso de fármacos nocivos (*toxic torts*) o por el contacto con materiales cancerígenos (*exposure torts*), y la prueba del ADN. En los procesos de *mass torts*, la prueba científica de la peligrosidad, aparte de tener naturaleza estadística, juega tan sólo el papel de una premisa para la inferencia indirecta relativa a cada concreto caso particular. En estos casos, en efecto, hay que probar el nexo causal entre el uso del medicamento (o la exposición al material) y el daño producido (*specific causation*); pero los numerosos sujetos afectados se encuentran en situaciones muy diversas y sólo tienen en común el haber estado expuestos al efecto dañoso, por lo que lo único que puede probarse mediante la prueba científica-estadística es la peligrosidad en general del fármaco o del material en cuestión (*general causation*). Ello significa que aún resta por probar el nexo de causalidad en el caso específico mediante inferencia inductiva en la que la prueba científica de peligrosidad es tan sólo una premisa para la misma ¹⁵³. Por su parte, respecto a la prueba del ADN, y aun cuando su elevadísima fiabilidad ha llevado a aceptar sus resultados como infalibles, se ha abierto paso una postura más crítica, no sobre la existencia de una única combinación de los elementos que componen la estructura de ADN en cada individuo, sino sobre las “técnicas de análisis” (basadas en complejos cálculos estadísticos) y sobre su “correcto uso” ¹⁵⁴. Es evidente, en todo caso, que la “cientificidad” de las pruebas, por sí misma, no cierra la cuestión de su valor probatorio, que debe ser resuelta en cada caso por el tribunal en virtud del principio de libre valoración de la prueba ¹⁵⁵. De todas formas, cuando la prueba se apoye en técnicas y conocimientos científicos generalmente admitidos, la máxima que habría de regir es que sus resultados vinculan necesariamente al juzgador, «porque éste

¹⁵³ Vid. M. TARUFFO, «Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense», cit., pp. 209 ss.

¹⁵⁴ El resultado de la prueba puede considerarse absolutamente cierto cuando excluye la identidad de los dos ADN confrontados; pero cuando afirma la identidad surgen las dudas, pues este resultado depende de un complejo cálculo estadístico: la probabilidad de la identidad depende de la «población de referencia», y puede suceder que no esté claro cuál haya de ser esa población —sobre todo en sociedades multi-étnicas— o que no se disponga de datos suficientes sobre el ADN de la misma. M. TARUFFO, *op. cit.* nota anterior, pp. 214 ss.

¹⁵⁵ En el mismo sentido, J. WRÓBLEWSKI: «la referencia a la ciencia especializada no excluye la valoración de las pruebas», en *La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación*, cit., p. 185.

no tiene un margen de convicción autónoma que no apareciese como arbitrario»¹⁵⁶; simétricamente, el peso de la valoración judicial será máximo cuando en la comunidad científica haya opiniones contrarias sobre los conocimientos y técnicas que se aplican, lo que se reflejará normalmente en informes periciales contradictorios¹⁵⁷.

Con todo, el espectacular desarrollo que en los últimos años ha experimentado la *forensic science*, unido a los cada vez más numerosos casos en los que es posible (e incluso necesario) el uso de pruebas científicas, ha otorgado a la *scientific evidence* un lugar más o menos pacífico en el ámbito de los medios de prueba. Por ello, en estos casos, aparte del problema general del valor probatorio atribuible a una prueba cuya naturaleza es esencialmente estadística, se tropieza con un escollo adicional: el amplio y lucrativo negocio que se ha generado en torno a ella. El (a veces enorme) número de sujetos implicados en los casos en que se usa la prueba científica, como sucede en los grandes procesos contra empresas farmacéuticas o productoras de materiales tóxicos, hace que muchas veces se hallen en juego ingentes sumas de dinero. Y el resultado es el que cabía esperar: la prueba científica se convierte en un negocio jugoso para peritos y laboratorios, surgen los testigos expertos (*expert witnesses*) como profesión y se corre el peligro de no poder distinguir con facilidad «entre las pruebas dotadas de validez científica y la *junk science*, es decir, “basura” provista por charlatanes y pseudo-expertos que se venden al mejor postor»¹⁵⁸. Este problema hace aún más evidente la necesidad de formular criterios rigurosos de admisibilidad de estas pruebas basados en estándares de validez y control científico, lo que tal vez explique el vigoroso debate que al respecto se ha venido desarrollando en la literatura norteamericana¹⁵⁹.

¹⁵⁶ La observación es de J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1988, pp. 70-71, analizando el papel de los conocimientos científicos en la prueba de la relación de causalidad en los delitos de resultado. Pero A. TORIO, siguiendo a M. MAIWALD (*Kausalität und Strafrecht*, Göttingen, 1980), lo resume también claramente: «un juez de espaldas a principios científicamente establecidos no podría legitimar su actitud con el principio de libre valoración de la prueba. Por el contrario, la ausencia de una certidumbre científica, revelada frecuentemente en el contraste entre dictámenes periciales positivos y negativos sobre el nexo causal, plantea una distinta situación», «Cursos causales no verificables en derecho penal», en *Anuario de Derecho Penal y de las Ciencias Penales*, 1983, p. 237.

¹⁵⁷ En el mismo sentido, J. WRÓBLEWSKI: la diferencia de opinión entre los peritos «puede ser considerada como un reflejo de las diferencias de opinión de la ciencia. Entonces la única solución práctica... es dar a las opiniones de los peritos el mismo valor que a las demás pruebas», en «La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación», cit., p. 185.

¹⁵⁸ M. TARUFFO, «Le prove scientifique...», cit., p. 207.

¹⁵⁹ El debate se ha avivado particularmente cuando la Corte Suprema ha abolido el tradicional *Frye test*, de 1923, que cifraba la admisibilidad de la prueba en la «aceptación general» del método usado por parte de la comunidad científica, sustituyéndolo en 1993 por el *Daubert test*, más riguroso, que establece como criterio de admisibilidad de la prueba la efectiva validez científica del método usado, aun cuando aún no haya generado consenso, comprobación que habrá de

Podría decirse, en suma, que la alegada cientificidad de las pruebas no justifica por sí misma la certeza de sus resultados, por lo que su “admisibilidad” y posterior “valoración” hace necesario controlar en cada caso concreto la metodología científica usada y su correcta utilización, tareas que —no se olvide— corresponden al juez, y que exigen, por tanto, su apertura a conocimientos extrajurídicos¹⁶⁰.

Pero la *admisibilidad* de pruebas científicas de estructura estadística es un caso muy particular del más amplio referente a la admisibilidad de *estadísticas con virtualidad probatoria*: pruebas estadísticas en sentido riguroso; es decir, datos estadísticos que, en sí mismos, constituyen directamente el medio de prueba (*naked statistical evidence*). El uso de pruebas estadísticas ha ido afianzándose progresivamente en relación con los casos de discriminación y con la prueba del “nexo de causalidad”, y son ya de uso pacífico y corriente en temas de daños al medio ambiente, responsabilidad del productor, culpa profesional del médico, etc. Se han admitido incluso los “sondeos de opinión” como prueba estadística de la “obscenidad” (por ejemplo, de películas o espectáculos).

ser hecha por los tribunales. Con el nuevo test, el filtro que hay que establecer para admitir —y posteriormente valorar— la prueba no se funda en criterios jurídicos, sino en los propios de la metodología científica. De ello deriva una importante consecuencia: el juez, en su papel de *gatekeeper*, primero, y de valorador de las pruebas, después, ha de hacerse con los conocimientos científicos necesarios para desarrollar correctamente su función. No se trata de transformar a los jueces en «amateurs scientists», sino de hacer que sean capaces de usar apropiadamente estas pruebas, pues el juez siempre puede servirse de expertos especialmente elegidos para el caso, pero, al final, la valoración le corresponde a él; *vid.* las actas del simposio «Scientific Evidence After the Death of Frye: Daubert and its Implications for Toxic Tort, Pharmaceutical and Product Liability Cases», en *Cardozo Law Rev.*, núm. 15, 1994, y M. TARUFFO, «Le Prove scientifique...», cit.

Precisamente la necesidad de que los jueces realicen una investigación independiente sobre la validez y relevancia de los métodos usados por los expertos científicos, condujo al «Federal Judicial Center» a publicar en 1994 el *Reference Manual Scientific Evidence*, que constituye una guía para el tratamiento de las pruebas científicas y tecnológicas, haciendo especial hincapié en los análisis estadísticos. Una exposición y análisis crítico de esta empresa en J. M. CONLEY y D. W. PETERSON, «The Science of Gatekeeping: the Federal Judicial Center's New Reference Manual on Scientific Evidence», en *North Carolina Law Review*, 74, núm. 4, 1996, pp. 1183 ss.

¹⁶⁰ Y esta posible situación —señala atinadamente J. M. GÓMEZ BENÍTEZ— está lejos de ser simple para el órgano judicial. De hecho éste tiene que enfrentarse [en este caso, en la prueba de la relación de causalidad] con al menos tres problemas de no siempre fácil solución: 1) si ciertamente se encuentra ante un conocimiento científico generalmente admitido; 2) cuáles son las leyes causales necesarias para explicar el fenómeno causal y sobre las que existe una aceptación general; y 3) habida cuenta de que la cientificidad de una conclusión se rige por su método y por su capacidad de refutar y ser refutada, deberá requerir también una aceptación general del método y atender a la refutación de otras posibles conclusiones minoritarias, que no por ello son desatendibles en principio], en *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, cit., p. 71.

Sobre la historia y estado actual de la “scientific evidence” en Estados Unidos, *vid.* las actas del simposio sobre «Scientific Evidence After the Death of Frye...», cit.; y «Developments in the Law—Confronting the New Challenges of Scientific Evidence», en *Harvard Law Rev.*, 1995.

Sin embargo, la cuestión fundamental no es tanto la admisibilidad de pruebas estadísticas —que, con las debidas cautelas, se van abriendo paso entre los elementos probatorios— cuanto su *valor probatorio*, el grado de confianza epistemológica que cabe depositar en las mismas. El problema se muestra en toda su radicalidad a propósito de las *overtly probabilistic decisions*; es decir, las pruebas estadísticas que fundan, por sí solas, la prueba del hecho principal. A este respecto, hay quienes mantienen la imposibilidad de hacer recaer en la prueba estadística todo el peso de la decisión¹⁶¹, pues las cifras, por sí mismas, son mudas; informan sobre la frecuencia estadística de una clase de eventos, pero no dicen nada sobre un caso particular: la estadística sólo es una panacea «para quien se encuentra afectado por el síndrome de los números, para quien todo lo que se cuenta es por definición racional, mientras que lo que no se puede contar no existe»¹⁶². Pero hay quienes, por el contrario, defienden la posibilidad de resolver apoyándose sólo en la prueba estadística, arguyendo que ésta tiene el mismo margen de error que la prueba no-estadística (por ejemplo, la declaración de un testigo y la subsiguiente inferencia que el juez debe hacer), pues en ambos casos se trata de procesos inferenciales probabilísticos¹⁶³. Y es que pensar o mantener que la prueba estadística tiene un valor epistemológico menor que la no-estadística tal vez refleje en el fondo «la hipócrita aversión a hacer explícito el riesgo de error siempre ínsito a la decisión»¹⁶⁴.

¹⁶¹ La jurisprudencia norteamericana ha venido rechazando, tanto en el proceso de responsabilidad civil por acto ilícito cuanto en el proceso penal, la posibilidad de fundar una decisión sólo en la prueba estadística.

Con respecto a lo primero, el caso paradigmático es el “Smith case” (*Smith v. Transit Inc.*, 58 N. E. 2d 754, 1954): una mujer, que ha sido atropellada por un autobús azul, pide a la empresa Rapid Transit resarcimiento por daños fundando su pretensión únicamente en la prueba estadística; en concreto, en que la compañía demandada poseía el 85 por 100 de los autobuses azules que circulaban por la zona. Los tribunales denegaron su pretensión basándose en que la prueba matemática —que puede ser concebida en términos bayesianos—, por sí sola, no satisface los estándares de prueba requeridos para la prueba civil.

Y si esto es así para el proceso civil, *a fortiori* se rechaza la pretensión para el proceso penal, porque se pone en cuestión el principio «*beyond any reasonable doubt*».

Sobre los argumentos que fundan una postura crítica al uso de la *naked statistical evidence*, C. CALLEN, «Adjudication and the Appearance of Statistical Evidence», *Tulane Law Rev.*, núm. 65, 1991, pp. 457 ss.; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 175 ss.; L. H. TRIBE, «Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process», cit.

¹⁶² M. TARUFFO, «Prove scientifiche...», cit., p. 221; y L. H. TRIBE, «Trial by Mathematics», cit., p. 1361.

¹⁶³ Vid. R. ALLEN, «Rationality, Mythology and the “Acceptability of Verdicts” Thesis», en *Boston Univ. Law Rev.*, núm. 66, 1986, pp. 541 ss.

¹⁶⁴ E. M. CATALANO, «Prova indiziaria...», cit., p. 528, siguiendo a D. SHAVIRO, «Statistical Probability Evidence and the Appearance of Justice», en *Harvard Law Rev.*, núm. 103, 1989, pp. 530 ss., esp., p. 542.

2.º Los modelos inductivos

La constatación de que el conocimiento judicial de hechos tan sólo permite conclusiones en términos de probabilidad no tiene que conducir necesariamente a adoptar modelos de valoración racional basados en la aplicación del cálculo matemático-estadístico. Esto es lo que ha ocurrido en el ámbito de la cultura y la praxis del Derecho continental, donde la aplicación de instrumentos matemáticos al proceso de prueba ha tenido escaso éxito¹⁶⁵. De todas formas, no parece que este rechazo de los métodos matemático-estadísticos obedezca siempre a una actitud reflexiva sobre los peligros de un uso acrítico y desproporcionado de los mismos. Muchas veces parece reflejar más bien la inercia de una tradición que ha confiado absolutamente en la capacidad racionalizadora del juez¹⁶⁶, o tal vez la habitual aversión de los juristas hacia las cuestiones que suponen adentrarse en saberes extrajurídicos¹⁶⁷; o quizá simplemente una difusa actitud escéptica frente a las posibilidades de la matemática en el proceso¹⁶⁸. Sea como fuere, lo cierto es que en la literatura jurídica del continente, pero también en un destacado sector de la *New Evidence Scholarship*, la racionalización de la valoración de la prueba se ha operado prevalentemente a través de modelos de razonamiento inductivo; aunque existen también otros planteamientos que, en el ámbito del razonamiento aproximativo, promueven esquemas racionales “no cuantitativos” de reducción de la incertidumbre que pueden ser útiles en el razonamiento probatorio, como el modelo de los *fuzzily defined sets*, de Lofti ZADEH¹⁶⁹.

¹⁶⁵ E. M. CATALANO señala cómo en la cultura jurídica continental, y en la italiana en particular, el teorema de BAYES no se ha utilizado para cuantificar el impacto de cada nuevo elemento de prueba sobre la previa probabilidad del hecho, sino tan sólo para medir la aceptabilidad de pruebas científicas de estructura probabilística, y normalmente insistiendo en la insuficiencia de estas pruebas para fundar por sí solas el convencimiento del juez, E. M. CATALANO, «Prova indiziaria...», pp. 530-531 y 534-535.

¹⁶⁶ Es significativa, a este respecto, la opinión que algunos jueces tienen sobre la naturaleza de la actividad que realizan: «El juez no se mueve sobre materia sujeta a las inexorables leyes del cálculo matemático; el camino a recorrer entre la norma general y la solución concreta escapa a una mera operación calculadora, interponiéndose algo tan heterogéneo como la apreciación del sujeto en todos sus matices o facetas y la propia personalidad del juez», J. S. RUIZ PÉREZ, *Juez y sociedad*, cit., p. 43.

¹⁶⁷ M. TARUFFO, «Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense», cit., p. 205.

¹⁶⁸ Ciertamente, el uso restrictivo de los métodos matemáticos no parece responder «a una actitud consciente de *self-restraint* jurisprudencial, motivada por la resistencia a introducir un criterio de valoración de la prueba difícilmente conciliable con la presunción de inocencia, sino a un difuso escepticismo frente a los métodos estadístico-matemáticos como alternativa a la lógica del juez», E. M. CATALANO, «Prova indiziaria...», cit., p. 535.

¹⁶⁹ La idea que preside este planteamiento es que los lógicos deben tomar más en serio la vaguedad de los lenguajes naturales, pues el pensamiento vago merece toda la atención si posibilita la solución de problemas que son demasiado complejos para un análisis preciso. Sobre esta base, L. ZADEH construye una lógica de conjuntos vagos o borrosos que puede ser fructífera para el análisis de la valoración judicial de la prueba, pues sustituye los conceptos de “verdad”

2.º.1. El modelo de probabilidad inductiva de L. J. COHEN

Como ya se refirió, dentro de la *New Evidence Scholarship*, y junto a las teorías de la probabilidad matemática, se han desarrollado otros modelos de valoración que, abanderados por el planteamiento de L. J. COHEN, intentan recuperar para la prueba judicial el concepto de “probabilidad inductiva”. Si el modelo bayesiano utiliza un concepto de probabilidad matemática en términos de frecuencia estadística entre indicio y tema de prueba, la teoría de la probabilidad inductiva entiende en cambio la probabilidad como un concepto que surge no del azar, sino de causas¹⁷⁰: la probabilidad de una hipótesis se apoya en su conexión lógica con las pruebas a través de reglas (causales) generales, y mide el grado de apoyo (inductivo) que las pruebas proporcionan a la hipótesis.

La contrucción que L. J. COHEN lleva a cabo de una teoría de la probabilidad alternativa a la probabilidad matemática (“pascaliana”, en su terminología) tiene precisamente una de sus principales razones de ser en la insuficiencia de esta última para dar cuenta de los procesos judiciales de prueba. En *The probable and the Provable*, COHEN intenta mostrar que si se analiza la prueba judicial en términos del cálculo matemático de probabilidades surgen problemas y paradojas difíciles de resolver¹⁷¹, y que estos problemas desaparecen si se usa un concepto no matemático, sino inductivo de probabilidad (la “probabilidad inductiva”). Pero la empresa de COHEN es más ambiciosa. Para hacer un

y “falsedad” de la lógica estándar por los de “verdadero”, “falso”, “no verdadero”, “muy verdadero”, “no muy verdadero”, “más o menos verdadero”, “bastante verdadero”, “no muy verdadero y no muy falso”... Vid. L. A. ZADEH, «Fuzzy logic and approximate reasoning», *Synthese*, 1975, y «Semantic inference from fuzzy premises», *Proceedings of the Sixth International Symposium on Multiple-Valued Logic*, Utah State Univ., 1976. Además de los trabajos de ZADEH, puede verse J. A. GOGUEN, «The logic of Inexact concepts», en *Synthese*, núm. 19, 1968-69, y E. W. ADAMS, «The Logic of “Almost All”», *Journal of Philosophical Logic*, núm. 3, 1974. Una exposición del modelo en D. A. SCHUM, *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, cit. Por citar uno de los ejemplos de “conjuntos borrosos” que utiliza SCHUM: una persona de 46 años no está totalmente dentro ni fuera del conjunto de “personas mayores”, sino que pertenece a ese conjunto en una proporción del 55 por 100 (p. 262). En castellano, una exposición de la lógica borrosa en E. TRILLAS, C. ALSINA y J. M. TERRICABRAS, *Introducción a la lógica borrosa*, Barcelona, Ariel, 1995; y B. KOSKO, *Pensamiento borroso: la nueva ciencia de la lógica borrosa*, trad. de J. Pedro Campos, Barcelona, Crítica, 1995. Sobre la utilidad del modelo en el razonamiento probatorio, vid. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 204 ss.

¹⁷⁰ J. L. COHEN, *The probable and the Provable*, cit.; para una exposición más sencilla de los temas principales tratados en esta obra vid. *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità* (1989), trad. it. de P. Garbolino, Milano, Giuffrè, 1998. *Id.* «The Logic of Proof», *The Criminal Law Review* (1980), ahora en *Legal Reasoning*, A. AARNIO y N. MACCORMICK (eds.), cit., vol. II. Una exposición reciente del modelo de Cohen en D. A. SCHUM, *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, cit., pp. 243 ss.

¹⁷¹ L. J. COHEN, *The Probable and the Provable*, cit., pp. 44 ss. Una exposición de las paradojas inherentes a un análisis pascaliano (matemático) de la probabilidad en la prueba judicial en D. AÍSA MOREU, *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*, cit., pp. 272-291.

huevo a la probabilidad inductiva, COHEN ofrece un concepto unificador de todos los usos del término “probabilidad”, matemática o no, consistente en entender la probabilidad como *demostrabilidad (provability)*. Decir que una hipótesis es probable significa, pues, que es demostrable, que puede probarse, es decir, que es posible fundar la hipótesis mediante inferencias a partir de las pruebas disponibles; y con la palabra probabilidad evaluamos la corrección (*soundness*) de una regla de prueba¹⁷². La lógica de la probabilidad inductiva auspiciada por COHEN se cifra, en consecuencia, en una regla de prueba inductiva correcta.

Uno de los fallos principales de la teoría matemática de la probabilidad ha sido, a juicio de COHEN, no distinguir suficientemente dos probabilidades distintas: la probabilidad de una hipótesis singular (*probabilidad inductiva*) y el grado de *apoyo inductivo* que tiene la generalización E→H. Así, por ejemplo, una cosa es decir que la probabilidad (el grado de apoyo inductivo) de que la huella dactilar encontrada en el cuchillo con el que se asesinó a alguien pertenezca al asesino es X, y otra muy distinta afirmar, sobre la base de esa probabilidad matemática, que A (persona a la que pertenece la huella dactilar encontrada en el cuchillo) es el asesino con un grado X de probabilidad. Las probabilidades matemáticas son incapaces de dar cuenta de los casos singulares. Se usan en los tribunales de justicia para introducir información (*evidence*) a partir de la cual hay que sacar después una conclusión. Forman parte de la prueba establecida por los expertos, pero no se usan para medir el grado de probabilidad con que las pruebas apoyan la hipótesis: no son estimadas mecánicamente por los jueces para dictar un veredicto¹⁷³.

A partir del concepto de apoyo inductivo de una generalización, COHEN desarrolla una lógica de la probabilidad inductiva destinada a fundar la corrección de la regla de prueba de una hipótesis. Tal construcción constituye en realidad una versión sofisticada y sistematizada de la inducción eliminativa defendida por BACON y MILL, consistente en contrastar hipótesis rivales bajo controles apropiados y eliminar las que sean contradichas por las pruebas. El razonamiento es básicamente el siguiente. Las generalizaciones que sirven de base a una inferencia inductiva en el campo judicial (por lo común “máximas de experiencia”) son leyes causales del tipo “si sucede A normalmente sucede B”. Ese “normalmente” es precisamente lo que hace aceptable inferir de un caso particular del antecedente un caso particular del consecuente. Pero estas generalizaciones no son exactas: habitualmente se cumplen, pero son refutadas cuando no se dan en el caso particular las circunstancias que presupone su aplicación correcta. La “regla de

¹⁷² Vid. L. J. COHEN, *The probable and the provable*, cit., pp. 13 ss.

¹⁷³ L. J. COHEN, *The probable and the provable*, cit., parte II. Por lo demás, ésta es una objeción común entre los críticos del uso del cálculo de probabilidades en el proceso; vid., por ejemplo, L. H. TRIBE, «A further critique of mathematical proof», cit., pp. 1811 ss.

prueba" (correcta) que propone COHEN para evaluar la probabilidad inductiva de una hipótesis consiste en comprobar que en el caso particular no concurren circunstancias concretas que excluirían la aplicación de la regla general: no basta con que las pruebas disponibles proporcionen un alto grado de apoyo a la hipótesis; es necesario, además, que permitan excluir hipótesis alternativas. Muy simplemente, cada razón para dudar de la aplicabilidad de la regla general al caso concreto tiene que ser excluida¹⁷⁴. Valga como ejemplo el siguiente¹⁷⁵:

«Un hombre sorprendido a las 3 de la mañana con las joyas en el bolsillo en el jardín de la casa donde habían sido robadas momentos antes, puede ser acusado de ser el ladrón de las mismas. La acusación tendría que invocar en este caso la generalización de que, siempre que un objeto ha sido sacado de su sitio e inmediatamente después se encuentra a un hombre con el mismo en el bolsillo, éste lo cogió deliberadamente. La defensa tendría que intentar probar que esa generalización no se aplica al caso particular, aportando algún testimonio que alegara, por ejemplo, que otra persona había tirado las joyas al jardín y el defendido las cogió para guardarlas... La acusación tendría que destruir, para alejar todo resquicio de duda razonable, toda la fuerza del testimonio de la defensa, probando, por ejemplo, que no había más personas en el jardín.»

Quizá la virtud principal del modelo de COHEN sea haber destacado explícitamente la importancia que tiene, en cualquier forma de razonamiento inductivo pero en particular en el judicial, que las pruebas presentadas para fundar la probabilidad de una hipótesis proporcionen una imagen suficientemente "completa" de los hechos en cuestión¹⁷⁶. En otras palabras, aunque los estándares de convicción incluyen un "componente de probabilidad" (que acaso pueda ser concebido en términos bayesianos), exigen también un "componente de completud": la insuficiencia de información sobre los hechos debería evitar asignar una alta probabilidad a la hipótesis sobre los mismos, porque la información de que no se dispone podría, si se dispusiera de ella, negar la hipótesis¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Análogamente entiende J. M. KEYNES que la contribución de la prueba (*evidence*) disponible a la probabilidad (confirmación) de una hipótesis está en función de su contribución a la eliminación de posibilidades concurrentes, *A Treatise of Probability*, cit., pp. 234 y 236.

¹⁷⁵ D. AÍSA MOREU, *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*, cit., p. 344, exponiendo a COHEN. Para un análisis detenido de la lógica inductiva de COHEN, y en particular, de su aplicación al ámbito de la prueba judicial, remitimos a esta obra, esp. partes II y III.

¹⁷⁶ Esto lo destaca, por ejemplo, D. A. SCHUM, *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, cit., p. 260.

¹⁷⁷ *Vid.* D. H. KAYE, «Do We Need a Calculus of Weight To Understand Proof Beyond a Reasonable Doubt?», *Boston Univ. Law Rev.*, núm. 66, 1986, pp. 657 ss.

A juicio de SCHUM, sin embargo, este modelo tiene un defecto fundamental: no parece dar buena cuenta del razonamiento inductivo que tiene lugar en el proceso judicial de fijación

El modelo de probabilidad inductiva auspiciado por COHEN hace en realidad referencia a un procedimiento lógico de eliminación de hipótesis que responde a algunas intuiciones muy próximas a los juristas; es más, tal vez pueda decirse que la construcción de COHEN constituye una racionalización de esas intuiciones proveyéndolas de un riguroso aparato epistemológico. No es extraño por ello que los juristas hayan ensayado también —si bien de una forma mucho más rudimentaria y confusa que COHEN— *métodos de eliminación de hipótesis* para racionalizar la valoración de la prueba. Estos métodos consisten básicamente en: 1.º ensayar las hipótesis posibles, a la vista de los indicios (pruebas) de que se dispone, y 2.º verificar después estas hipótesis, descartando o eliminando aquellas desmentidas o poco apoyadas por los hechos. Los resultados de esta verificación pueden ser de tres tipos. Pueden, «en primer lugar, llevar a la eliminación de todas las hipótesis excepto una... Pero también podría suceder que, aun siendo en abstracto posibles varias hipótesis, puedan descartarse todas menos una en términos de frecuencia estadística...». Por último, puede suceder también que sean posibles varias hipótesis equivalentes en el plano lógico: «en este caso, el hecho conocido no tendrá eficacia indiciante, y, por tanto, no será utilizable»¹⁷⁸.

Un ejemplo de procedimiento de eliminación de hipótesis inferidas a partir de indicios —análogo al diseñado por COHEN— es el ofrecido ya por PAGANO:

«Sea un indicio X, que indique dos sucesos A y B; sea otro indicio Z, que indique asimismo dos sucesos A y C; y sea otro indicio Y, que indique los sucesos A y D. X, Z e Y no se unen por los hechos (distintos) B, C y D, sino por A. Mientras que para A concurren tres probabilidades, para B, C y D concurre una sola; por tanto, siempre es posible una combinación contraria, mientras crece la probabilidad de A: la comisión del homicidio por parte de Ticio viene sugerida por su fuga, por las amenazas y por encontrarse en el lugar del delito. La fuga denota o la comisión o el temor; la amenaza indica o la comisión o la bravuconería; encontrarse en el lugar del delito indica o la comisión o el estar casualmente allí. Para la comisión concurren los tres indicios. Para el temor, la bravuconería o la casualidad de estar allí sólo concurre un indicio, siendo éstas cosas distintas: de donde deriva la probabilidad de uno frente a tres»¹⁷⁹.

de los hechos. Las probabilidades baconianas son ordinales, no cardinales: se basan en un sistema de inducción eliminativa que no responde al modo de operar de los tribunales; por ejemplo, no permiten asignar simultáneamente alguna probabilidad a dos hipótesis contrastantes. *Vid.* D. A. SCHUM, *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, cit., pp. 251 y 254. Precisamente por entender que el modelo baconiano de probabilidades no es adecuado para dar cuenta de las inferencias jurídicas, R. D. FRIEDMAN también se muestra crítico con él en «A Diagrammatic Approach to Evidence», *Boston Univ. Law Rev.*, núm. 66, 1986, pp. 571 ss.

¹⁷⁸ S. C. DE MICHELE, voz «Indizio», en *Digesto delle Discipline Penali*, p. 383.

¹⁷⁹ F. M. PAGANO, *Principi del codice penale e logica dei probabili*, Napoli, 1819, p. 115. Tomo la cita y el texto de E. M. CATALANO, «Prova indiziaria...», cit., nota 48.

Obsérvese que, en rigor, el procedimiento de eliminación de hipótesis es un modo de aumentar el grado de probabilidad inductiva de una hipótesis confirmada por un dato probatorio que es también compatible con otras hipótesis¹⁸⁰. Por ello, como enseguida se verá, la eliminación de hipótesis no sólo no es incompatible con el esquema valorativo del grado de confirmación, sino que adquiere sentido dentro del mismo como procedimiento encaminado a *reforzar* la probabilidad inductiva de una hipótesis en detrimento de otras mediante la introducción de nuevo material probatorio.

2.º.2. El esquema valorativo del grado de confirmación

Los desarrollos de COHEN sobre la probabilidad inductiva —que, por lo demás, no son los únicos¹⁸¹— han tenido la virtud de poner de manifiesto no sólo las dificultades de recurrir al concepto matemático de probabilidad en el razonamiento probatorio judicial, sino también que el concepto de probabilidad inductiva —a través de la noción de grado de confirmación— permite formular esquemas racionales de valoración de la prueba. Es más, los esquemas de valoración basados en el grado de confirmación son los que mejor se adecuan a la estructura de los problemas probatorios con que el juez se encuentra: la existencia de una o varias hipótesis sobre los hechos de la causa y la necesidad de establecer, sobre la base de las pruebas disponibles, cuál de ellas resulta más aceptable o atendible¹⁸².

De hecho, el recurso a la probabilidad inductiva es una constante en las “teorías jurídicas” sobre la prueba. Así sucede particularmente en el ámbito del derecho continental, donde, con una u otra terminología (grado de creencia, de certeza, de convicción, de apoyo inductivo), el concepto de probabilidad usado remite a la idea de “grado de confirmación”. El problema ahora se centra, pues, no tanto en la discusión de la noción de probabilidad aplicable, cuanto en el análisis del esquema de valoración de la prueba basado en el grado de confirmación. Es evidente que las situaciones con que puede enfrentarse el juez cabe que sean muy variadas¹⁸³, por lo que hablar de “esquema de valoración de la prueba”, *tout court*, constituye una simplificación

¹⁸⁰ F. M. IACOVELLO, «Breve viaggio all'interno della struttura della motivazione e della logica di un processo di parti», cit., p. 351.

¹⁸¹ La elaboración del concepto de probabilidad inductiva como relación lógica entre una hipótesis y los datos que la confirman está ya presente en R. CARNAP. Una comparación entre su teoría y la de L. J. COHEN, en D. AÍSA MOREU, *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*, cit.

¹⁸² Vid. M. TARUFFO, quien subraya «la sustancial correspondencia entre el problema del juicio de hecho y la idea fundamental de la probabilidad como relación lógica entre una hipótesis y los elementos que la confirman», *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 213.

¹⁸³ Sobre ello M. TARUFFO, *op. cit. ult.*, pp. 221 ss.

acaso excesiva. No obstante, esta simplificación permitirá mostrar más claramente los criterios centrales de aceptabilidad de las hipótesis; es decir, las condiciones que autorizan a considerar verdadera la versión de los hechos que presentan.

La racionalización de la valoración de la prueba a través del concepto de grado de confirmación se inserta en un proceso hipotético-deductivo (inductivo) de adquisición de conocimiento que se desarrolla a través de las sucesivas confirmaciones de las hipótesis y de su sometimiento a refutación¹⁸⁴. La aceptabilidad de las hipótesis está en función de su grado de confirmación, a la luz del material probatorio disponible, y de su resistencia a las contrapruebas o no-refutación. Más exactamente, una hipótesis puede aceptarse si no ha sido refutada por las pruebas disponibles y éstas la hacen probable (la confirman); o mejor, más probable que cualquier otra hipótesis alternativa sobre los mismos hechos.

j. Aceptabilidad de una H individualmente considerada

Una hipótesis es aceptable si ha sido suficientemente confirmada mediante las pruebas disponibles y no refutada por ellas.

j.1.º Requisito de la confirmación

Una hipótesis *h* viene confirmada por una prueba *p* si existe un nexo causal o lógico entre ambas que hace que la existencia de esta última constituya una razón para aceptar la primera. La confirmación es, pues, una inferencia mediante la cual, a partir de unas pruebas y de una regla que conecta esas pruebas con la hipótesis, se concluye aceptando la veracidad de esta última¹⁸⁵.

No será necesario volver a recordar con detalle que esta inferencia no garantiza la certeza absoluta, como si de un argumento deductivo se tratara. La confirmación de hipótesis representa una inferencia inductiva, pues se funda sobre leyes estadísticas o máximas de experiencia que conectan la hipótesis con los enunciados probatorios o indicios, y, por tanto, sólo garantiza la probabilidad de la hipótesis en

¹⁸⁴ Un esquema que ha sido postulado para el proceso penal acusatorio por L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit.

¹⁸⁵ La confirmación de la hipótesis tiene lugar del siguiente modo: «dada una hipótesis se derivan sus consecuencias, es decir, los efectos que se habrían producido si la hipótesis fuese verdadera; se observa por tanto, mediante la asunción de pruebas, si estos efectos han tenido lugar; es decir, si existen en la realidad los “signos” de la hipótesis». La existencia de estos signos constituye una razón para aceptar la veracidad de la hipótesis, F. M. IACOVELLO, «Breve viaggio all'interno della struttura della motivazione...», cit., p. 350.

un mayor o menor grado, pero nunca su infalibilidad¹⁸⁶. El *grado de confirmación* de una hipótesis por las pruebas es, pues, equivalente a su *probabilidad* (inductiva). Lo que, a su vez, en ausencia de instrumentos matemáticos que midan esa probabilidad, equivale a la *credibilidad* de la hipótesis a la luz del conjunto de conocimientos disponibles.

Siendo expresión del grado de confirmación, la probabilidad inductiva de una hipótesis aumenta o disminuye con: a) el fundamento cognoscitivo y el grado de probabilidad expresado por las generalizaciones (regularidades o "máximas de experiencia") usadas, b) la "calidad" epistemológica de las pruebas que la confirman, c) el "número de pasos inferenciales" que componen la cadena de confirmación, y d) la "cantidad" y "variedad" de pruebas o confirmaciones.

Que el fundamento y el grado de probabilidad de las máximas o regularidades usadas en la confirmación, es decir, las que conectan la hipótesis con las pruebas que la confirman, haya de influir en la probabilidad final de la hipótesis confirmada no puede plantear dudas¹⁸⁷. Ninguna de estas generalizaciones establece relaciones de necesidad, sino sólo de probabilidad, pero es evidente que ni todas expresan el mismo grado de probabilidad ni tienen el mismo fundamento cognoscitivo. Mientras algunas de estas regularidades expresan relaciones más o menos seguras o precisas, otras, en cambio, tan sólo expresan toscas e imprecisas generalizaciones de sentido común. Además, mientras algunas de ellas tienen un fundamento cognoscitivo más o menos sólido (como las que constituyen vulgarizaciones de conocimientos naturales o científicos), otras adolecen de fundamento suficiente (como las que reproducen tópicos o prejuicios difundidos). Es evidente que todo esto ha de influir en el resultado de la confirmación. Por eso podemos decir —con TARUFFO— que «cuanto más seguro y preciso sea [el tipo de conexión entre la hipótesis y las pruebas], mayor será el grado de confirmación de la hipótesis, que, por el contrario, sólo obtendrá confirmaciones "débiles" cuando las conexiones sean genéricas, vagas y de incierto fundamento cognoscitivo»¹⁸⁸. Resumidamente:

el grado de probabilidad de una hipótesis es directamente proporcional al fundamento y al grado de probabilidad expresado por las regularidades o máximas de experiencia usadas en la confirmación.

¹⁸⁶ Precisamente por ello L. GIANFORMAGGIO afirma, con relación a la prueba indiciaria, que «por más ciertos, numerosos, relevantes y concordantes que puedan ser los indicios, de ellos —dígase lo que se diga— no pueden extraerse más que *conjeturas*», «Certezza del diritto, Coerenza e Consenso», cit., p. 480.

¹⁸⁷ Vid. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 146.; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 244 ss.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 247.

Que la calidad epistemológica de las pruebas que confirman la hipótesis influya en el grado de confirmación también parece claro: si una prueba es débil, el grado de confirmación que atribuye a la hipótesis no puede estimarse alto, por más fundada que esté la regla que conecta la prueba con la hipótesis. Por eso cabría decir que

La probabilidad de una hipótesis es tendencialmente mayor cuando viene confirmada por constataciones o conclusiones que cuando viene confirmada por hipótesis.

Ello es así porque la calidad epistemológica de las "constataciones" (que son el resultado de prueba directa u observacional) o de las "conclusiones" (que han sido obtenidas mediante prueba deductiva, como sucede con muchas pruebas científicas) es tendencialmente mayor que la calidad epistemológica de las "hipótesis" (que han sido a su vez obtenidas mediante prueba indirecta o inductiva); esto, naturalmente, suponiendo que no existan errores de percepción (en el caso de las constataciones) y que pueda afirmarse la veracidad de las premisas (en el caso de las conclusiones). Por ejemplo, la hipótesis "A mató a B" podría venir confirmada por el resultado de una prueba de ADN que estableciera que «las muestras de cabello encontradas en la ropa de la víctima pertenecen a A», es decir, por una "conclusión"; o podría venir confirmada por el testimonio de un individuo X que declarara que "A amenazó de muerte a la víctima", es decir, por una "hipótesis". No parece descabellado pensar que el grado de confirmación o de probabilidad de la hipótesis "A mató a B" sea mayor en el primer caso que en el segundo.

Ahora bien, esto es así sólo "tendencialmente", pues es posible que la calidad epistemológica de una conclusión sea puesta en entredicho, porque el enunciado probatorio singular en que se basa sea muy débil; por ejemplo, la muestra de cabello que la calidad epistemológica de una hipótesis sea muy elevada, porque tanto los indicios como la regla general que constituyen las premisas de la inferencia tengan un fundamento sólido; por ejemplo, son varios los testigos que, sin conocerse entre sí y sin tener interés aparente en el pleito, declaran (concordantemente) haber escuchado a A amenazar de muerte a la víctima repetidamente.

Pero la probabilidad de una hipótesis no depende sólo de la calidad epistemológica de las máximas de experiencia usadas y de las pruebas que la confirman. Depende también del número de pasos inferenciales que componen la cadena de confirmación; es decir, del número de pasos intermedios que separan la hipótesis de las pruebas que la con-

firman¹⁸⁹. Así, la hipótesis “A comercia con droga” podría venir confirmada por el testimonio de X: «A vendió droga en repetidas ocasiones en el lugar L»; o por el testimonio de Y (por ejemplo, la policía): «A llevaba en el coche una balanza de precisión y en su casa se encontró una importante cantidad de dinero y una cierta cantidad de droga». El número de pasos inferenciales que separan la hipótesis del testimonio de Y es mayor que el número de pasos que la separan del testimonio de X¹⁹⁰. Por eso, en el supuesto de que los dos testigos merecieran la misma credibilidad, la probabilidad de la hipótesis mediante el testimonio de Y sería menor que la probabilidad mediante el testimonio de X. Ésta es la razón por la que la comúnmente denominada “prueba directa”, o sea, la que acredita justamente el hecho que se pretende probar (por ejemplo, el relato del hecho principal por un testigo ocular), tendría un valor tendencialmente mayor que la comúnmente denominada prueba indirecta o indiciaria¹⁹¹. Y es también la razón por la que los comúnmente denominados en la doctrina “indicios mediatos” (los que son a su vez probados mediante otros indicios), tienen menor fuerza probatoria¹⁹². De todo ello deriva un corolario:

la probabilidad de una hipótesis es menor cuanto mayor sea el número de pasos que componen el procedimiento probatorio que conduce a su confirmación.

Por último, con respecto a la “cantidad” y “variedad” de pruebas, parece indiscutible que, si la probabilidad inductiva de una hipótesis

¹⁸⁹ Aunque con terminología distinta, esta observación está ya presente en J. BENTHAM: «en una cadena de pruebas compuesta de un gran número de eslabones, cuantos más eslabones intermedios haya entre el primer hecho circunstancial y el hecho principal, menor será con relación a éste su fuerza probatoria», *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., vol. I, p. 365.

¹⁹⁰ En efecto, entre el testimonio de X y la hipótesis hay un solo paso inferencial: el representado por el juicio de credibilidad de X, que conduce a la afirmación «A vendió drogas en repetidas ocasiones en el lugar L»; es decir, a la hipótesis “A comercia con droga”.

Entre el testimonio de Y y la hipótesis hay al menos dos pasos inferenciales: primero, el propio juicio de credibilidad de Y que conduce a la afirmación «A llevaba en el coche una balanza de precisión y en su casa se encontró una importante cantidad de dinero y una cierta cantidad de droga»; después, el que, a partir de aquí y de una generalización (del tipo: si alguien lleva en su coche una balanza de precisión y en su casa tiene una fuerte suma de dinero y una cierta cantidad de droga, probablemente sea porque comercia con droga), conduce a la hipótesis “A comercia con droga”.

¹⁹¹ Pero —no se olvide— esa llamada “prueba directa” es también, por su estructura probatoria, una prueba indirecta o indiciaria.

Es, por tanto, un sinsentido, esa tendencia doctrinal y jurisprudencial a atribuir acríticamente un valor probatorio exagerado a esta prueba (el valor de prueba plena), por haberse obtenido —se dice— sin mediación alguna ni necesidad de raciocinio, y a minusvalorar, también exagerada y acríticamente, el valor probatorio de la prueba indiciaria, porque, ésta sí —se dice—, precisa del razonamiento. Remítimos a lo expuesto en II, 5), 2.º, c) y 3.º, c).

¹⁹² Es, por tanto, un sinsentido rechazar —como se ha mantenido en ocasiones— el «indicio mediatos» como medio de prueba. Su fuerza probatoria es menor, pero sigue siendo válido; en este sentido, S. C. DE MICHELE, voz «Indicio», *Nov. Dig. It.*, cit., pp. 382-383, y también J. BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., vol. I, p. 364 ss.

es equivalente a su grado de confirmación por el conjunto de conocimientos disponibles, cuanto mayor sea el número de confirmaciones mayor será su probabilidad¹⁹³; probabilidad que será también mayor cuanto más variadas sean las pruebas que la confirman, pues la variedad de pruebas proporciona una imagen más “completa” de los hechos¹⁹⁴. Puede decirse entonces que

la probabilidad de una hipótesis aumenta con la cantidad y la variedad de las pruebas que la confirman.

Por lo demás, cuando varias hipótesis son confirmadas por un mismo dato probatorio, es posible *aumentar* la probabilidad inductiva de una de ellas mediante el procedimiento de *eliminación de hipótesis*, consistente en el fondo en introducir datos probatorios adicionales que contribuyan a reforzar la confirmación de una hipótesis y a eliminar (o debilitar) otras. En el procedimiento acusatorio, ésta puede ser una estrategia de la acusación. Igualmente, la probabilidad inductiva de una hipótesis suficientemente confirmada *disminuye* si se demuestra la existencia de otras hipótesis plausibles antagonistas a la misma. En el procedimiento acusatorio, ésta puede ser una estrategia de la defensa.

Finalmente, teniendo en cuenta el carácter siempre meramente probable de las hipótesis y que el procedimiento de prueba ha de tender a formular hipótesis con el mayor grado de probabilidad posible, se impone la observancia de la siguiente regla epistemológica:

(v) No existen pruebas suficientes. Cualquier prueba relevante es necesaria, y, por tanto, debería ser admitida.

Si esta afirmación tiene sentido es porque habitualmente se distingue entre los conceptos de *relevancia* y *necesidad* de las pruebas. La *relevancia* (o *pertinencia*) de las pruebas es la relación que guardan los hechos a los que hacen referencia con el objeto del juicio y con lo que constituye el *thema decidendi*, y expresa la capacidad de la prueba para formar la convicción del juez. *Prueba necesaria* es la que es realmente útil para formar la convicción. La distinción pretende poner de relieve que no toda prueba relevante (o pertinente) es necesaria, pues es posible que el juzgador posea ya elementos probatorios suficientes para formar su convicción y por tanto no sea necesario ningún esfuerzo probatorio adicional. Esta doctrina, que tiene la finalidad de evitar esfuerzos probatorios inútiles, parece, sin embargo, equivocada y (lo que es peor) puede producir resultados dañosos para el fin epistemológico del proceso de prueba. Lo primero, porque si los resultados

¹⁹³ También J. BENTHAM, *op. cit.*, p. 365: «la fuerza probatoria de cada hecho circunstancial, aplicada al hecho principal, aumenta la fuerza de cada uno de los demás».

¹⁹⁴ La exigencia de cantidad y variedad en las confirmaciones está formulada expresamente en C. HEMPEL, *Filosofía de la ciencia natural*, cit., pp. 58 ss.

probatorios no pasan nunca de la mera probabilidad, cualquier prueba relevante es necesaria, en la medida en que contribuye a aumentar el grado de probabilidad de la hipótesis que con ella se pretende probar. Lo segundo, porque, escudándose en esta distinción, el juez podría rechazar la práctica de pruebas relevantes que, de ser admitidas, tal vez contribuyeran a reforzar una hipótesis, conformándose con una débil certeza sobre los hechos ¹⁹⁵.

j.2.º Requisito de la no-refutación

Para aceptar una hipótesis es necesario que ésta, además de confirmada, no sea refutada por las pruebas disponibles. El sometimiento a refutación de las hipótesis es la "prueba de fuego" para poder aceptarlas ¹⁹⁶. Por eso puede afirmarse que la refutación de las hipótesis, o mejor, el intento de refutarlas, «es la savia del actual derecho procesal probatorio» ¹⁹⁷. De aquí deriva otra importante regla epistemológica o garantía de verdad que exige la oportunidad de un momento contradictorio en el proceso en el que poder refutar las hipótesis:

(vi) Es necesario ofrecer la posibilidad de refutar las hipótesis (requisito de la contradictoriedad).

Precisamente por eso, el proceso inquisitorio, donde la búsqueda de la verdad se confía sólo a la confirmación de la hipótesis por parte del juez, sin dar posibilidad a las partes (mediante un contradictorio) a defender la propia hipótesis demostrando lo infundado de la contraria, es un proceso afectado de una tara epistemológica importante.

¹⁹⁵ En consonancia con ello, F. M. IACOVELLO indica que debería rectificarse la posición que entiende normal el poder del juez para excluir pruebas irrelevantes y excepcional el de introducir pruebas necesarias; en una lógica inductiva los dos poderes son coextensivos, pues son expresión del mismo criterio: dado que una prueba relevante aumenta el grado de probabilidad de la hipótesis, y «teniendo en cuenta que la ética del proceso impone que la decisión se funde sobre el mayor grado posible de probabilidad de la hipótesis, no existe una prueba relevante que no sea también necesaria», «Breve viaggio all'interno della struttura della motivazione...», cit., pp. 253-54.

Sobre la inexistencia de prueba suficientes, *vid.* también L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., pp. 135 y 144.

¹⁹⁶ N. R. HANSON, *Patrones de descubrimiento*, cit., p. 60.

¹⁹⁷ F. M. IACOVELLO, «Breve viaggio all'interno della struttura della motivazione logica...», cit., p. 354.

También en BENTHAM, de nuevo, aunque con diferente terminología, están ya presentes consideraciones de este tipo: «Para juzgar si con relación al hecho principal, un hecho circunstancial dado es o no concluyente, hay que examinar, ante todo, las suposiciones invalidantes que le sean aplicables. Es decir, hay que considerar si, en el orden de los hechos posibles, hay alguno que, suponiendo la realidad de su existencia en el caso en cuestión, haga menos probable la existencia del hecho principal. Si se encuentra alguna circunstancia infirmativa de esta naturaleza, la fuerza probatoria del hecho circunstancial no será concluyente», *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., vol. I, pp. 364-365.

Recordemos por último que, a su vez, la confirmabilidad y refutabilidad de las hipótesis plantea una exigencia para el Derecho sustantivo: los supuestos de hecho deben reconstruirse con notas distintivas realmente verificables; es decir, susceptibles de confirmación y de refutación ¹⁹⁸.

(i) En la formulación legal del supuesto de hecho sólo deben admitirse enunciados fácticos empíricamente contrastables, esto es, enunciados de los que quepa comprobar su verdad (en el sentido de correspondencia con la realidad) mediante contrastación empírica (directa o indirectamente).

En suma, el juicio de aceptabilidad de una hipótesis es un juicio sobre su confirmación y no refutación. De manera que si la hipótesis no es confirmada por las pruebas disponibles, debe abandonarse. Pero si es confirmada, debe someterse aún a refutación examinando los posibles hechos que —de existir— invalidarían (o harían menos probable) la hipótesis. Si finalmente la hipótesis no resulta refutada, porque no existen tales pruebas, puede entenderse verificada; si, por el contrario, tales pruebas existen, debe abandonarse.

jj. Elección entre distintas hipótesis verificadas

Al final del proceso de confirmación y sometimiento a refutación de las hipótesis, puede resultar que hipótesis rivales estén suficientemente fundadas. En estos casos, tal vez otros criterios de verdad extraempíricos pudieran prestar alguna ayuda; por ejemplo, el de la "simplicidad" o el de la "coherencia narrativa".

Según el criterio de la *simplicidad*, entre hipótesis igualmente sostenidas por todos los elementos de prueba debería elegirse la más simple. En el proceso judicial, el ámbito de juego de este criterio queda suficientemente ilustrado en las siguientes palabras de I. M. COPR: «En los juicios criminales, la acusación trata de desarrollar una hipótesis que incluye la culpa del acusado y encaja con todas las pruebas disponibles. En respuesta, el abogado defensor trata de construir una hipótesis que incluye la inocencia del acusado y también se adapta a todas las pruebas disponibles. A menudo ambas partes logran su propósito y, en tal situación, el caso se decide habitualmente —o *debiera*

¹⁹⁸ Es lo que FERRAJOLI llama el principio de taxatividad de la ley penal. También para C. HEMPEL, la aceptabilidad de una hipótesis depende de que tenga *relevancia explicativa* —que la información aducida por la hipótesis proporcione una buena base para creer que el fenómeno que se trata de explicar tuvo lugar— y sea *contrastable* —que los enunciados que constituyen la explicación sean susceptibles de contrastación empírica—. Los dos requisitos están interrelacionados: si la explicación cumple el primer requisito cumple también el segundo. La inversa no se da. *Filosofía de la ciencia natural*, cit., pp. 76 ss.

decidirse— a favor de la hipótesis más simple o más “natural”»¹⁹⁹. Ahora bien, el problema es que la simplicidad no es un concepto fácil de definir. Es verdad que hay un cierto acuerdo en conectar la sencillez o simplicidad de una hipótesis con su “capacidad heurística”: dadas dos hipótesis en conflicto, parece que preferir la más simple es optar por la más “fértil”, la que permite explicar el mayor número de hechos. Pero entonces hay que reconocer que el criterio de la simplicidad se muestra superfluo, pues no resulta muy distinto del criterio empírico del mayor número de confirmaciones.

Según el criterio de la *coherencia narrativa*, en la versión que de la misma ofrece MACCORMICK, la credibilidad de una hipótesis aumenta frente a otras si se prueba que, además de estar corroborada por múltiples datos probatorios y de no ser refutada por ninguno, es la que mejor explica los hechos: el “relato” más creíble de la historia, de acuerdo con los principios explicativos del actuar racional, intencional y motivacional del hombre. Más exactamente, la probabilidad relativa de hipótesis mutuamente incompatibles depende del número de sucesos que deban suponerse acaecidos para permitir la coherencia con los datos probatorios y de la medida en que deba recurrirse a ulteriores principios explicativos auxiliares para obtener esa coherencia. La narración más coherente es la que comporta la más baja improbabilidad mediante dicho test²⁰⁰.

Con todo, aunque se aceptara el juego de este criterio, desde el punto de vista epistemológico es posible que al final ninguna de las hipótesis en liza resulte suficientemente probada en detrimento de la otra²⁰¹; o que resultando la probabilidad de una de ellas superior a la de la otra, esa probabilidad siga sin ser suficiente según los estándares exigidos institucionalmente²⁰². La necesidad que tiene el juez de resolver a pesar de este resultado estéril queda entonces cubierta por el reconocimiento (implícito o explícito) de *reglas legales de decisión* que indican en cada caso en favor de qué hipótesis ha de dictarse la solución. El *in dubio pro reo* en el proceso penal²⁰³ y, en general,

¹⁹⁹ I. M. COPI, *Introducción a la lógica*, cit., p. 493.

²⁰⁰ N. MACCORMICK, «La congruencia nella giustificazione giuridica», cit., p. 128.

²⁰¹ No opina así N. MACCORMICK, quien, depositando una gran confianza en el criterio de coherencia narrativa —¿tal vez porque en el fondo lo adopte (también) como *definición* de verdad?— opina que «pocas narraciones similares admiten la certeza sobre la verdad del *probandum* en cuestión», op. cit., p. 128.

²⁰² Los distintos sistemas jurídicos, en efecto, suelen exigir distintos grados de certeza en los diferentes contextos. Por ejemplo, mientras que en el proceso civil suele bastar con una probabilidad *preponderante*, en el proceso penal suele exigirse que la probabilidad vaya *más allá de la duda razonable*. Distinguen estos dos modelos M. COHEN y E. NAGEL, *Introducción a la lógica y al método científico*, cit., tomo segundo, pp. 181 ss.

²⁰³ Igualmente L. FERRAJOLI, que concibe el *in dubio pro reo* como una norma de clausura sobre la decisión de la verdad judicial fáctica cuando ninguna de las hipótesis resulta refutada, *Derecho y razón*, cit., p. 151.

las reglas sobre la carga de la prueba constituyen ejemplos de las mismas²⁰⁴.

En efecto, cuando la fase probatoria se ha cerrado negativamente, es decir, cuando el resultado de la valoración de la prueba es la duda, la reglas sobre la carga de la prueba constituyen auténticas reglas de juicio o de decisión, en la medida en que imponen al juez una decisión para evitar un pronunciamiento de duda o para excluir la omisión de pronunciamiento²⁰⁵; en otras palabras, son reglas para evitar el *non liquet*. Conviene insistir, pues, en que no se trata en sentido estricto de reglas probatorias, en cuanto no fijan directamente el fundamento de hecho de la decisión del juez, y menos aún de reglas probatorias epistemológicas; tan sólo son reglas que proporcionan al juez el *criterio normativo* para decidir cuando él mismo no alcance convicción sobre los hechos alegados por las partes.

En conclusión, los esquemas valorativos del grado de confirmación son esquemas racionales. Ciertamente, se trata de una racionalidad distinta a la analítica, por cuanto está basada en el concepto de probabilidad; pero racionalidad al fin, pues el grado de confirmación suministra una guía para la decisión. De estos modelos derivan algunas consecuencias de importancia. La primera es que la hipótesis *debe justificarse*, mostrando que las pruebas disponibles la hacen probable; más aún, que la hacen más probable que cualquiera de las hipótesis alternativas concordantes con esas mismas pruebas. La segunda es que, no obstante poder presentarse como justificada a la vista de las pruebas disponibles, el *status* epistémico de una hipótesis es sólo la probabilidad: la hipótesis no es infalible. Por ello debe estar *sujeta a revisión* si surgieran nuevas pruebas que la hagan improbable o que hagan más probable a otra hipótesis alternativa.

²⁰⁴ Con razón se ha dicho que «la teoría de la carga de la prueba es, pues, la teoría de las consecuencias de la falta de prueba», L. PRIETO-CASTRO, *Derecho procesal civil* (4.ª ed., 1988), cit., p. 149.

²⁰⁵ Vid. G. A. MICHELLI, *La carga de la prueba*, cit., esp. pp. 171 y 172, quien insiste en no considerar a las reglas sobre la carga de la prueba como reglas legales de valoración, sino como reglas de juicio, pues despliegan sus efectos cuando ya la fase probatoria se ha cerrado infructuosamente. Vid. también M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 223.

IV. LA MOTIVACIÓN DE LOS HECHOS

SUMARIO: 11) EL SENTIDO DE LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JURÍDICAS.—12) DE LA RESISTENCIA A LA NECESIDAD DE MOTIVAR LOS HECHOS.—1.º Sentido de la motivación de los hechos.—2.º Funciones de la motivación de los hechos.—3.º La exigencia de motivación se extiende a todas las pruebas.—13) EL CONTENIDO DE LA MOTIVACIÓN DE LOS HECHOS.—1.º Motivación-actividad y motivación-documento.—2.º La motivación de la premisa fáctica es conceptualmente distinta de la motivación de la premisa normativa—3.º La motivación de las constataciones, de las conclusiones y de las hipótesis.—4.º Estructura de la sentencia y estilo de la motivación.

11) EL SENTIDO DE LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JURÍDICAS

Hasta aquí nos hemos ocupado principalmente del contexto de descubrimiento. En este capítulo nos ocupamos del contexto de justificación¹: nos movemos en el contexto de justificación o validación cuando «independientemente de cómo hayamos llegado a descubrir o mantener una hipótesis..., nos planteamos la cuestión de si aceptarla o rechazarla»².

Uno de los ensayos más sólidos que ha producido la teoría del razonamiento jurídico de los últimos años se abre con una afirmación

¹ A lo largo de este trabajo hemos venido operando con la distinción entre descubrir y justificar que se desarrolló originalmente en el ámbito de las ciencias empíricas. Pero es una distinción con proyección en el ámbito judicial que se ha convertido ya en un lugar común en los estudios sobre la materia. Remitimos, por todos, al trabajo de M. P. GOLDING, «Discovery and Justification in Science and Law», en A. PECZENIK, L. LINDHAL y B. VAN ROERMUND (eds.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht-Boston-Lancaster, Reidel, 1984.

² R. S. RUDNER, *Filosofía de la ciencia social*, cit., p. 22.

que no resulta particularmente original, pero que pocas veces aparece como punto de partida o expresión de una especie de *consensus omnium* del pensamiento actual. Me refiero a la *Teoría de la argumentación jurídica* de ALEXY, donde su autor comienza diciendo que «uno de los pocos puntos en los que existe acuerdo en la discusión metodológico-jurídica contemporánea» es en que «la decisión jurídica... expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados»³. Esta constatación pudiera ser compartida por autores de muy diferentes adscripciones. KANTOROWICZ, por ejemplo, proclamaba que la interpretación «no se inspira en la ley y en la lógica, sino en el Derecho libre y en la voluntad»⁴; KELSEN también afirmaba ya en la primera edición de la *Reine Rechtslehre* que la jurisdicción tiene «un carácter netamente constitutivo» y que «es un verdadero acto creador del Derecho»⁵; y, en fin, ROSS tampoco dudaba en escribir que «la administración de justicia no se reduce a una derivación lógica a partir de normas positivas»⁶. Pero la coincidencia no se produce sólo entre los más caracterizados representantes de tres corrientes que en su día estuvieron más o menos enfrentadas, como la escuela de Derecho libre, el normativismo y el realismo, sino que se mantiene hoy entre autores no menos opuestos, como HART o DWORKIN; es bien conocida su disputa⁷, y, no obstante, ambos piensan que la jurisprudencia mecánica resulta insostenible⁸.

Aunque esta unanimidad aparente no encierra, como es obvio, un verdadero acuerdo en torno a las conclusiones o a las consecuencias que cabe derivar de ese abandono de la jurisprudencia mecánica o logicista⁹, hay algo en lo que hoy creo que sí se aprecia coincidencia:

³ R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 23.

⁴ H. KANTOROWICZ, *La lucha por la Ciencia del Derecho* (1906), trad. de W. Goldschmidt en el volumen *La Ciencia del Derecho*, con trabajos de SAVIGNY y otros, Buenos Aires, Losada, 1949, p. 346.

⁵ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, 1.ª ed., trad. de M. Nilve de la versión francesa de 1953, Buenos Aires, Eudeba, 13.ª ed., 1975, pp. 151-2. La *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., constituye todo un tratado de las dificultades para aplicar la lógica al Derecho.

⁶ A. ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, cit., p. 150.

⁷ De ella se hace eco entre nosotros J. R. DE PÁRAMO, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Madrid, CEC, 1984, pp. 379 ss., y más recientemente J. RUIZ MANERO, *Jurisdicción y Normas*, Madrid, CEC, 1990, pp. 181 ss.

⁸ Vid. R. DWORKIN, *Los derechos en serio* (1977), trad. de M. Guastavino, con prólogo de A. Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1984. H. L. A. HART, *El concepto de Derecho* (1961), trad. de G. Carrió, México, Nacional, 2.ª ed., 1980, pp. 155 ss.

⁹ En líneas generales, cabe decir que la crisis del positivismo legalista que concibió al intérprete y singularmente al juez como un neutral cultivador de la lógica desembocó en dos grandes tendencias: una primera, en apariencia más fiel a la tradición positivista, que intentó apurar las posibilidades de la lógica en el razonamiento jurídico, si bien para confesar finalmente que allí donde la lógica no fuese apta para fundar la decisión jurídica, se abría paso una discre-

la necesidad de acreditar la *racionalidad* de las decisiones; de acreditar, en fin, que el ejercicio más o menos discrecional de poder que representa la sentencia no es, sin embargo, un ejercicio arbitrario¹⁰. El instrumento jurídico enderezado a garantizar que el poder actúe racionalmente y dentro de unos límites es la *motivación*, que representa «el signo más importante y típico de «racionalización» de la función judicial»¹¹. La motivación es *justificación*, exposición de «las razones que el órgano en cuestión ha dado para mostrar que su decisión es correcta o aceptable»¹², y constituye así una exigencia del Estado de Derecho, en cuanto modelo de Estado enemigo de la arbitrariedad del poder. Por ello no es casual que una de las obras teóricas sobre los límites del poder más estimulantes de los últimos tiempos, el libro tantas veces citado de L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, atribuya a la motivación el valor de garantía de cierre de un sistema que se pretenda racional. Como tampoco es casual que una gran parte de los esfuerzos realizados en las últimas décadas desde la teoría del Derecho hayan girado sobre este punto¹³.

Y es que en una sociedad moderna, donde los individuos no se conforman con una apelación a la autoridad, sino que exigen razones, la justificación o motivación de las decisiones tiende a verse, no ya como una exigencia técnica, sino como el fundamento mismo de la legitimidad de los jueces. «Suele decirse que sólo necesita justificación aquello que no es evidente ni arbitrario; si el sentido de las decisiones judiciales ya no se muestra evidente... y sus autores ni quieren ni pueden mostrarse arbitrarios, parece lógico que hayan de ganar la legitimidad a través de su actuación, es decir, en el *iter* que conduce desde la

cionalidad que transformaba al intérprete en un sujeto político creador de Derecho; KELSEN, ROSS o HART constituyen buenos ejemplos de esta forma de ver el problema. Y una segunda que, por el contrario, quiso eludir esta conclusión y a tal fin intentó construir lo que pudiéramos llamar una nueva lógica, una retórica que pudiera compensar el déficit de racionalidad que presentaba la argumentación jurídica. VIEHWEG, ESSER, PERELMAN o incluso DWORKIN pueden admitir esta caracterización. Vid. L. PRIETO, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., cap. II.

¹⁰ Como indica M. J. ANÓN, «la presencia creciente de discrecionalidad ni proporciona inmunidad ni es equivalente a una toma de decisiones arbitraria; por el contrario, su existencia... es, antes que nada, un desafío para la existencia de controles jurídicos», «Notas sobre discrecionalidad y legitimación», *Doxa*, 15-16, 1994, vol. II, p. 902.

¹¹ P. CALAMANDREI, *Proceso y democracia*, cit., p. 115.

¹² M. ATIENZA, *Las razones del derecho*, cit., pp. 22-23.

¹³ Resultaría pretencioso esbozar aquí, ni siquiera mínimamente, las contribuciones que se han realizado desde las diversas teorías de la argumentación. A ellas remitimos, y sirvan como botón de muestra las siguientes: A. AARNIO y N. MACCORMICK (eds.), *Legal Reasoning*, 2 vols., Aldershot-Hong Kong-Singapore-Sydney, Dartmouth, 1992; A. AARNIO, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica* (1987), trad. E. Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1991; R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit.; M. ATIENZA, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC, 1991; P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, 2 vols., cit.; N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit.; A. PECZENIK, *On law and reason*, cit.; J. WRÓBLEWSKI, «Sentido» y «hecho» en el derecho, cit.

inicial información fáctica y normativa a la resolución o fallo; un *iter* que se resuelve en un intento de justificación tanto de las premisas como de su desarrollo»¹⁴. Como indica CAPPELLETTI, lo que distingue al juez del legislador no es su pasividad sustancial o creativa, sino su pasividad procedimental y, sobre todo, la necesidad de justificar las decisiones¹⁵, de demostrar su racionalidad o no arbitrariedad, pues ahí reside la principal fuente de legitimidad de su poder. Por ello puede decirse que «interdicción de la arbitrariedad y obligación de motivar son el anverso y el reverso de la misma medalla»¹⁶.

Entendida como instrumento para evitar la arbitrariedad del poder, la motivación adquiere, además, una particular importancia merced a la evolución que ha conocido el Estado de Derecho en el constitucionalismo, un modelo de Estado que encuentra su legitimidad (externa) en la protección de los individuos y sus derechos, y que, al consagrar esos derechos en el nivel jurídico más alto, la Constitución, condiciona también la legitimidad (interna) de los actos del poder a la protección de esos derechos. La motivación cobra entonces una dimensión político-jurídica garantista, de tutela de los derechos.

Por lo demás, qué duda cabe que la importancia de la motivación se ve reforzada en un Estado que se quiera democrático, pues la democracia se basa en la participación del pueblo en la adopción de decisiones colectivas, y es un error pensar que la decisión judicial tiene únicamente una dimensión privada, que interesa sólo a las partes directamente afectadas por ella: la sentencia es también un acto público, colectivo, por cuanto representa el ejercicio de un poder que es público y que, por tanto, ha de ser no sólo interna, sino también externamente controlado¹⁷. Este control externo del poder del juez se realiza plenamente allí donde su actuación sea pública y no encubierta; por ello la motivación, en cuanto expresión de las razones del juez, facilita o permite este control¹⁸. En suma, en las sociedades modernas, «la base

¹⁴ L. PRIETO, «Notas sobre la interpretación constitucional», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, 1991, p. 185.

¹⁵ M. CAPPELLETTI, *Giudici legislativi?*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 63.

¹⁶ J. IGARTUA, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid, Cívitas, 1998, p. 51.

¹⁷ Por ello dice J. IGARTUA que «la motivación de las sentencias sirve también para que cada *quisque de populo* o el público en su conjunto vigile si los tribunales utilizan arbitrariamente el poder que les ha sido confiado... La gente tiene derecho a saber por qué se declara culpable a alguien (si la sentencia es condenatoria) o por qué se reconoce la inocencia de alguno (si la sentencia es absolutoria)», *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., p. 167., *vid.* también pp. 177 ss. En el mismo sentido, T. R. FERNÁNDEZ, quien, en referencia ahora a la exigencia de motivar los actos de la Administración, estima que «es algo que no sólo interesa al justiciable, sino que importa decisivamente a la comunidad entera», en «Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor», *De la arbitrariedad de la Administración*, 2.ª ed., Madrid, 1997, p. 132.

¹⁸ P. ANDRÉS hace hincapié en la «naturaleza político-general, por así decir *erga omnes* de la sentencia», frente a la tendencia que entiende el deber de motivar como «pura exigencia

para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener. En este sentido, la responsabilidad de ofrecer justificación es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión»¹⁹.

Asumido que motivar una decisión es justificarla, aportar razones que permitan considerarla como correcta o aceptable, en el ámbito de la teoría jurídica se ha afianzado también una distinción sobre la estructura de la justificación de las decisiones judiciales que encuentra pocos objetos: la que diferencia entre justificación interna y externa.

La decisión judicial puede concebirse como la conclusión de un silogismo práctico, por lo que su justificación habrá de consistir necesariamente en mostrar la corrección del razonamiento lógico que conduce de las premisas a la conclusión²⁰. Pero no se agota con ello. Para que la decisión esté justificada es necesario, además, que las premisas de las que se parte sean correctas; es decir, estén, a su vez, justificadas. Para hacer referencia a estas dos diferentes justificaciones, se ha convertido en un lugar común hablar de *justificación interna* y *justificación externa*. Se entiende que una decisión está internamente justificada si se infiere de sus premisas según las reglas de inferencia aceptadas. Está externamente justificada cuando sus premisas son calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación²¹. Así, cuando ni la premisa normativa ni la fáctica plantean problemas, la justificación se reduce (tan sólo) a justificación interna; es decir, se agota en mostrar la corrección del razonamiento lógico que conduce, a partir de las premisas, a la conclusión. La exigencia de justificación externa aparece, sin embargo, cuando las premisas (normativa o fáctica, o ambas) exigen nuevas argumentaciones. Por ello hay quien considera asimilable el binomio justificación interna/justificación externa con el binomio casos fáciles/casos difíciles²². Con todo, la justificación de una decisión sólo puede entenderse completa cuando

técnica "endoprocesal", que mira a hacer posible a las partes el ejercicio de la eventual impugnación», «Acerca de la motivación de los hechos...», cit., pp. 259-60.

¹⁹ A. AARNIO, *Lo racional como razonable*, cit., p. 29.

²⁰ La adhesión a la teoría del silogismo, sea como modo de concebir cómo es y debe ser el razonamiento judicial justificatorio, sea como modo de analizarlo, es generalizada en la actualidad, en particular en las teorías de la argumentación citadas en nota más arriba. Se hace eco de esta distinción, P. CHIASSONI, «Enunciati interpretativi e logica dell'argomentazione giudiziale», *DOXA*, núm. 20, 1997, pp. 53 ss.

²¹ La distinción entre «justificación interna» y «justificación externa» es de J. WRÓBLEWSKI, «Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision», cit., pp. 33-34; Id., «Justificación de las decisiones jurídicas», inicialmente en *Revue internationale de philosophie*, 1979, y ahora en *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., p. 40. *Vid.*, no obstante, sobre los diferentes criterios de distinción interno-externo, M. C. REDÓNDO, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, CEC, 1996, pp. 218 ss.

²² Así, M. ATIENZA, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, cit., pp. 45-46.

esté no sólo interna, sino también externamente justificada, con independencia de que en determinados casos (difíciles) el peso de la motivación recaiga sobre la justificación externa.

Pese a que la cultura de la motivación es relativamente reciente, pues se alimenta de una teoría del Derecho que desconfía de la jurisprudencia mecánica y de una filosofía política comprometida con el pleno control del poder, y pese a los múltiples obstáculos que todavía encuentra para afianzarse plenamente²³, no puede negarse que la necesidad de motivar las sentencias se ha convertido ya en una exigencia incontestable²⁴. La cultura de la motivación, sin embargo, ha encontrado y aún encuentra una especial resistencia en el ámbito de la prueba²⁵.

12) DE LA RESISTENCIA A LA NECESIDAD DE MOTIVAR LOS HECHOS

a) Sentido de la motivación de los hechos

El juicio de hecho parece haber pertenecido durante mucho tiempo, sea al ámbito de las cuestiones jurídicas no-problemáticas²⁶, sea a una "zona de penumbra" en el funcionamiento del sistema judicial sostenida por una amplia tradición que atribuía este juicio al ámbito del arbitrio judicial. Ni siquiera la Ilustración, que supuso un gran avance en la historia de la racionalidad jurídica al recuperar la tradición acusatoria inglesa, sostuvo la necesidad de motivar; es más, se argumentaba incluso sobre la incompatibilidad lógica entre motivación y veredicto²⁷.

²³ No deja de ser significativo que incluso quienes —como E. RUIZ VADILLO— parecen en ocasiones comprometidos con la cultura de la motivación, hagan afirmaciones del siguiente tenor: «la interdicción de la arbitrariedad... supone un importante punto de apoyo en la tarea de exigir a las resoluciones judiciales armonía, hasta tal punto que en muchas ocasiones he pensado que una sentencia no motivada es una sentencia arbitraria», *El derecho penal sustantivo...*, cit., p. 85, nota 202. El subrayado es añadido.

²⁴ Es de notar al respecto que el Tribunal Constitucional español —siguiendo en esto (por obvias razones históricas) la doctrina de los otros grandes tribunales europeos— ha realizado un gran esfuerzo, tal vez aún insuficiente, por entrar en la cultura de la motivación, sancionando su falta como una infracción del art. 24 CE. A título de ejemplo, STC 61/1983, FJ 3.º, y STC 55/1987, FJ 1.º

²⁵ M. TARUFFO subraya la tendencia de los jueces a infravalorar la obligación de motivar los hechos, «La fisonomía della sentenza in Italia», en *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, Cedam, 1988, pp. 201 ss.

²⁶ Para respaldar esta posición se ha apelado, y aún hoy se apela, a la "evidencia" de los hechos: los hechos evidentes "están fuera de la prueba" (E. J. COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 3.ª ed., 1958, p. 228).

²⁷ Vid. S. SENESE, «La motivazione della "verità fattuale"», en *Le ragioni del garantismo. discutiendo con Luigi Ferrajoli*, cit., pp. 327 ss. Conviene recordar, en este sentido, que todavía un rey ilustrado como Carlos III reiteraba a los jueces la prohibición de motivar sus decisiones,

La primera tendencia está típicamente representada por la llamada "concepción demostrativa" de la prueba, que concibe a ésta como instrumento de conocimiento de una verdad material incontrovertible y cuyo referente histórico más claro tal vez se encuentre en los sistemas inquisitivos continentales y sobre todo en la fórmula silogística como modelo de racionalización del procedimiento. La segunda tendencia estaría, en cambio, representada por la llamada "concepción argumentativa o retórica" de la prueba, que concibe a ésta como argumento persuasivo y cuyo principal referente histórico son los sistemas de *common law* y sobre todo las corrientes antiformalistas (irracionalistas)²⁸. En este segundo caso, el procedimiento decisorio es irracional o arracional, por lo que la motivación no puede ser concebida más que como racionalización *a posteriori* de una decisión que se ha tomado al margen de cualquier procedimiento racional; es decir, la motivación, entendida como justificación de una decisión, es imposible. En el primero, el procedimiento decisorio es racional, pero se trata de una racionalidad mecanicista o ingenua que terminó operando como una pura ideología y que permitió a los juristas obviar los arduos problemas que planteaba la inducción, haciendo innecesaria la motivación²⁹. Por lo demás, este modelo pronto se "infectó" de algo propio del modelo irracionalista, al concebir la convicción del juez como resultado de una relación de inmediatez con el material probatorio insusceptible de racionalización: es lo que sucedió con la interpretación del principio de libre convicción como valoración libre, subjetiva y esencialmente incontrolable.

Prueba de lo que acaba de decirse es que al ojear las bibliotecas jurídicas se constata que la mayor parte de las preocupaciones de los juristas se han centrado en los problemas de interpretación de las normas, asumiendo —implícita o explícitamente— que el conocimiento de hechos no plantea especiales problemas, y, por tanto, no reclama motivación, o que, planteándolos, está irremediablemente abocado a la discrecionalidad cuando no a la simple arbitrariedad judicial. Un

Novísima Recopilación, Libro 11, Título 16, Ley 8; y sobre las posibles razones de esa actitud vid. L. PRIETO, «Motivazione delle decisioni giuridiche e certezza del diritto», *Studi Senesi*, 1994, fasc. 3, pp. 403 ss.

²⁸ Corrientes irracionalistas como el «realismo jurídico norteamericano», sobre todo en su vertiente de «escepticismo ante los hechos». Remitimos a lo expuesto en el epígrafe 2), b), 2.º

Sobre estos dos grandes modelos de prueba y su correspondencia con los sistemas de *common law* y de *civil law*, A. GIULIANI, «Prova in generale (filosofía del diritto)», cit.; íd., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, cit.; G. UBERTIS, «La ricerca della verità giudiciale», cit., pp. 4 ss. También, M. TARUFFO, «Modelli di prova e di procedimento probatorio», cit., quien, no obstante, pone en cuestión la perfecta correspondencia entre los dos modelos mencionados y los sistemas anglosajón y continental.

²⁹ Ambas posiciones se corresponderían, pues, con el «decisionismo metodológico» y el «determinismo metodológico» de que habla U. NEUMANN, *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1986, pp. 2-3 (tomo la referencia de M. ATIENZA, *Las razones del derecho*, cit., p. 25).

análisis mínimamente reflexivo sobre el proceso de conocimiento y fijación de los hechos, sin embargo, no puede dejar de poner de relieve que el juicio de hecho es tan problemático o más que el juicio de derecho³⁰; que en él la discrecionalidad del juez es mayor que en la interpretación de las normas³¹, pese a que esa discrecionalidad haya pasado por alto a la mayoría de los juristas³²; que es, en fin, el momento de ejercicio del poder judicial donde el juez es más soberano y donde, en consecuencia, puede ser más arbitrario³³. Parece por ello ineludible arrojar alguna luz sobre esta zona oscura que contradice profundamente cualquier modelo judicial que quiera ser respetuoso con la libertad de los particulares; cualquier modelo judicial, en suma, que —remediando la expresión de DWORKIN— se tome «los límites del poder en serio».

Si se asume —como ha de hacerse en un modelo cognoscitivista— que valorar consiste en verificar los enunciados fácticos, en estimar su correspondencia con los hechos que describen, entonces la motivación *ni es innecesaria ni es imposible*. En efecto, es evidente que la (libre) valoración no puede verse como un modo (libérrimo) de formación o construcción de una “verdad procesal” ajena al control de los hechos, sino que ha de ser una operación racional, entendida la racionalidad no como un mero automatismo, sino como la manifestación de que, a la vista de las pruebas disponibles, es razonable dar por verdaderos (probables más allá de la duda) ciertos enunciados fácticos. Por ello, el principio valorativo de la libre convicción no tiene sentido si no se conecta, a su vez, con la exigencia de motivación, de explicitación de las razones que apoyan la verificación de esos enunciados, pues en otro caso la libre valoración se convertiría en valoración libre, discrecional, subjetiva y arbitraria, con lo cual se abandonaría el cognoscitivism para entrar en el campo del más puro decisionismo judicial³⁴. No pueden ser más desafortunadas a este respecto tanto la habitual interpretación jurisprudencial y doctrinal del *principio de*

³⁰ Tal vez por ello, quienes arremetieron contra el jurado en el debate que en 1863 se celebró en España sobre el asunto insistían en que, muchas veces, la calificación y apreciación de los hechos es más difícil que la aplicación del Derecho; *vid.* ORTIZ DE URBINA, según recoge A. RODRÍGUEZ MARTÍN, en *Los vicios irremediables del jurado (es preciso suprimirle)*, cit., p. 19.

³¹ *Vid.* L. PRIETO, *Idelogía e interpretación jurídica*, cit., pp. 82 ss.

³² J. FRANK, *Derecho e incertidumbre*, trad. de C. M. Bidgain, revisada por G. Carrió, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968, p. 70.

³³ *Vid.* P. ANDRÉS, «Acercas de la motivación de los hechos en la sentencia penal», cit., p. 261.

³⁴ De alguna manera, esta idea de la motivación de la prueba como requisito sin el cual no cabe controlar la racionalidad de una valoración que es libre, por cuanto remite a la libre apreciación del juzgador, es defendida también por el Tribunal Constitucional, que, tras señalar que la motivación viene expresamente exigida por el art. 120.3 CE, añade que resulta también una exigencia del art. 24.1 CE, por cuanto tal precepto ordena que las resoluciones estén fundadas en Derecho, y para controlar esto, y en particular para controlar que la resolución no es arbitraria, irracional o absurda, como proscribire el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, es necesario que se explicita el razonamiento del órgano judicial (*vid.*, por todas, STC 175/1985,

inmediación, como la conocida figura jurisprudencial de la valoración o *apreciación conjunta de la prueba*; interpretaciones que parecen no tener presentes las diferencias entre descubrimiento y justificación, admitiendo en esta segunda sede rasgos acaso inevitables, pero que sólo pueden tener relevancia en la esfera del descubrimiento.

La *inmediación*, es decir, la intervención personal y directa (inmediata) del juez en la práctica de la prueba, sigue presentándose mayoritariamente como la condición inexcusable para la libre valoración, pues sólo fundando el juez su convicción en la “impresión inmediata” recibida y no en referencias ajenas —se argumenta—, puede reputarse ésta como libre³⁵. Ahora bien, es evidente que las “impresiones” recibidas por el juez no pueden ser comunicadas, con lo cual el principio de libre valoración, interpretado con el tamiz de la *inmediación*, se carga de irracionalidad y subjetivismo y anula por completo la posibilidad de motivar. Incluso el Tribunal Constitucional, que por lo demás ha realizado notables y encomiables esfuerzos para abrirse a la motivación, sigue interpretando las relaciones existentes entre “*inmediación*”, “*libre valoración de la prueba*” y “*motivación*” de una forma que deja todavía mucho que desear. Es consustancial a los principios de *inmediación* y libre valoración de la prueba —dice el Tribunal— «el examinar gestos de los intervinientes en la misma, tales como los de turbación o sorpresa, a través de los cuales pueda el Juez o Tribunal de instancia fundar su íntima convicción acerca de la veracidad o mendacidad de la declaración... con respecto a los cuales el juzgador de instancia *es dueño de su valoración*»³⁶. Repárese: en el ámbito de la *inmediación* el juez “es dueño de su valoración”. Y repárese también en que el alcance que se da a la *inmediación* va más allá de las percepciones inmediatas del juez: gracias a ella no sólo se percibe si el testigo se pone nervioso, titubea, duda, etc., sino también si dice la verdad o no³⁷. La *inmediación* vendría, pues, a garantizar la exposición del juez a una serie de *factores emocionales o irracionales* sobre los que va a poder fundar su *íntima convicción*, que no es por

FJ 5.º). Lo que no quita, desde luego, para que después el Tribunal constitucional debilite este requisito; por ejemplo, a través del principio de *inmediación*.

³⁵ «Cuanto más libremente se valore la prueba —puede leerse en un conocido tratado de Derecho procesal— más necesaria es la percepción directa por el juez. Sólo oyendo al testigo contestar a las preguntas y repreguntas... podrá el juzgador valorar su testimonio», E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, cit., p. 297. Es imprescindible que «toda la prueba desfille ante quien ha de juzgar», pues en otro caso resultaría incomprensible el principio de libre apreciación, escribe E. RUIZ VADILLO, *El derecho penal sustantivo y el proceso penal*, cit., p. 72.

³⁶ STC 217/1989, FJ 5.º

³⁷ «El objetivo que con ello se persigue es meridiano: agrandar el área de lo que escapa a una justificación intersubjetiva... y, por tanto, también al control de cualquier tribunal que no haya presenciado en directo la producción de las pruebas», J. IGARTUA, *Discrecionalidad técnica, motivación...*, cit., p. 140. Justamente para evitar estos efectos distorsionadores, E. RUIZ VADILLO sugiere el uso, durante la práctica de la prueba, de una cámara de vídeo manejada bajo los oportunos controles, *El derecho penal sustantivo...*, cit., pp. 72 y 110.

ello mismo susceptible de ser expresada y mucho menos controlada³⁸. El principio de inmediación instituye así una “zona opaca al control racional” que contradice profundamente la cultura de la motivación, pues que las intuiciones existan y tal vez sean inevitables no significa que puedan ser esgrimidas como justificación de una decisión o, más exactamente, como excusa para la no justificación³⁹.

Por su parte, también la “apreciación conjunta de la prueba” en el proceso civil, que es en realidad la excusa que el Tribunal Supremo ha encontrado para quitar valor probatorio privilegiado a los documentos aportados al proceso y a la confesión en juicio, ha producido resultados perversos para la motivación: «si el juez puede apreciar libremente la prueba con fundamento en la apreciación conjunta de los medios probatorios, no debe extrañar que entre el exceso de trabajo que pesa sobre los juzgados se posibilite una declaración genérica de hechos probados, sin razonar los motivos ni fuentes mediante los cuales la prueba se ha conseguido, con lo que en definitiva se deteriora el resultado de la prueba»⁴⁰. La práctica de la valoración conjunta no es, pues, al final, sino un subterfugio “formal” que hace pasar por

³⁸ Precisamente por esta «lectura subjetivista» de la libre convicción puede mantenerse que ésta no es revisable en casación (ni desde luego en amparo), aunque sí lo sea la corrección del razonamiento, que debe fundarse en las reglas de la lógica, en los principios de la experiencia y, en su caso, en los conocimientos científicos (*vid.*, por ejemplo, STS, Sala Penal, de 11 de abril de 1995). Como si existieran dos niveles de valoración, uno revisable y el otro no: el primero, constituido por las deducciones e inducciones que el Juez pueda realizar a partir de los datos que directamente ha percibido en el juicio oral; el segundo, *incontrolable*, constituiría el contenido de la libre (o mejor, libérrima) convicción y parece inescindible de la inmediación. En realidad, aflora aquí de nuevo la —en mi opinión— errónea concepción de la “prueba directa” (en la terminología usual), según la cual ésta no requiere del raciocinio.

Vid., justamente avalando la existencia de esos “dos niveles” en la valoración de la prueba, E. BAGICALUPO, «Presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y recurso de casación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, II; e *íd.*, «La impugación de los hechos probados en el recurso de casación penal. Reflexiones sobre un decenio de aplicación del art. 24.2 CE», *Estudios de jurisprudencia*, 1992, 1.

³⁹ Aquí reside un equívoco sobre el que volveremos luego: una cosa es que, gracias al principio de libre convicción, el conocimiento del juzgador no pueda ser sustituido por nadie, ni siquiera por el del legislador mediante la valoración tasada de las pruebas; y otra muy distinta que, a la hora de motivar o justificar, el juzgador pueda invocar un principio que, justamente por ser negativo, es incapaz de justificar nada.

⁴⁰ M. SERRA DOMÍNGUEZ, «El derecho a la prueba en el proceso civil español», *cit.*, p. 582. Se han lamentado también de la desafortunada jurisprudencia de la valoración conjunta de la prueba: L. PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1968, p. 468; E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, *cit.*, p. 299; F. JIMÉNEZ CONDE, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1978, pp. 307 ss.; E. RUIZ VADILLO, «Algunas breves consideraciones sobre los indicios, las presunciones y la motivación de las sentencias», *Poder Judicial*, 1986, 3, p. 84; y, más recientemente, J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, *cit.*, p. 324, o V. CORTÉS, en J. ALMAGRO y otros, *Derecho Procesal*, t. I (vol. I), *Parte General, Proceso Civil* (1), *cit.*, que dice de ella que «no es sino llegar al resultado probatorio sin la especificación concreta de las razones que ha tenido el juez para aceptar o no la veracidad de los hechos alegados» (p. 385). Crítico también con esta práctica M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 143.

discurso justificatorio lo que no lo es en absoluto; un expediente, en fin, que propicia y encubre la ausencia de motivación.

En suma, fallar con arreglo a conciencia no puede significar basar la sentencia en una íntima e intransferible convicción, en una especie de *quid inefable*⁴¹, de corazonada no exteriorizable ni controlable; «no puede significar consagrar el subjetivismo del juez, y mucho menos, como desgraciadamente ocurre en la práctica, prescindir de la motivación de las pruebas y refugiarse en una cómoda declaración de hechos probados, sin razonar los motivos por los que lo han sido»⁴². Si ha de ser controlada la racionalidad de la decisión probatoria, es evidente que este control se proyecta sobre las razones que fundamentan la libre valoración del juez⁴³. Sostener lo contrario sería dar pábulo a la idea de justicia del cadí, de poder jurisdiccional puramente potestativo, arbitrario e incontrolable; contrario, en fin, al espíritu de un sistema probatorio que se quiera cognoscitivista, fundado no en el poder, sino el *saber*, «también sólo opinable y probable, pero precisamente por ello refutable y controlable»⁴⁴. Por eso, si la motivación no es directamente una garantía epistemológica, si lo es indirectamente, en la medida en que permite un control sobre ese irreductible espacio de discrecionalidad que es el ámbito de la libre valoración⁴⁵. La exigencia de motivación es, pues, un garantía de cierre del sistema cognoscitivista.

Por lo demás, como ha observado TARUFFO, ya en un plano puramente descriptivo cabría decir que incluso la propia cultura jurídica contemporánea refleja cada vez más este modelo epistemológico que exige la motivación como su clave de cierre. Primero, porque todos los sistemas procesales, incluso los “demostrativos” propios del *civil law*, son conscientes de la estructura probabilística de la decisión sobre hechos. Segundo, porque todos los sistemas procesales, incluso los “argumentativos o retóricos” propios del *common law*, conciben el procedimiento de valoración de la prueba como verificación (en términos de probabilidad) de las distintas hipótesis de reconstrucción de los hechos⁴⁶.

⁴¹ *Vid.* M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, *cit.*, p. 143.

⁴² M. SERRA DOMÍNGUEZ, «El derecho a la prueba en el proceso civil español», *cit.*, p. 580; *vid.* también, E. RUIZ VADILLO, «La actividad probatoria en el proceso penal español», *cit.*, p. 108. Por lo demás, es evidente que, tras la entrada en vigor de la Constitución, la exigencia de motivación adecuada del juicio de hecho se ha visto reforzada al adquirir, además, rango constitucional.

⁴³ Por ello, «el control de la libre valoración según la convicción íntima del juez es el control de la justificación de la decisión probatoria», J. WRÓBLEWSKI, «La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación», *cit.*, p. 186.

⁴⁴ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, *cit.*, p. 623.

⁴⁵ Por eso L. FERRAJOLI atribuye a la motivación el valor de garantía «instrumental» respecto a las garantías “epistemológicas” que establecen condiciones de justificación de la inducción: la debilidad de la primera corre siempre el peligro de comprometer las últimas. *Vid. op. cit.* en último lugar, p. 154.

⁴⁶ M. TARUFFO, «Modelli di prova e di procedimento provatorio», *cit.*

b) Funciones de la motivación de los hechos

Si el sentido de la motivación es evitar el ejercicio arbitrario de un poder (el instaurado por la libre valoración de la prueba) que se reconoce más o menos discrecional, dos son las principales funciones que cumple la motivación, una *extra-procesal* o político-jurídica o democrática, por cuanto vinculada al control no procesal o interno, sino democrático o externo de la decisión, y otra *endo-procesal* o técnico-jurídica o burocrática, por cuanto vinculada al control procesal o interno de la decisión⁴⁷.

La función extra-procesal que cumple la motivación consiste en mostrar el esfuerzo realizado por el juez en el juicio de hecho, posibilitando de este modo un control externo o público. La motivación, en efecto, tiene una dimensión pedagógica, de "explicación" de la racionalidad de la decisión⁴⁸, y constituye así una garantía de publicidad que se conecta con la exigencia de un control democrático y de responsabilización externa de la función judicial⁴⁹. Pero además, y en la medida en que se pretende explicar la racionalidad de la decisión, la motivación quiere ser persuasiva de su bondad o corrección. Se trata, pues, de una función *respecto del pueblo en general* y de las partes en el proceso en particular, a quienes el razonamiento podría convencer de la corrección de la sentencia, alimentando así su confianza en la justicia. Esto ya lo vio claramente BENTHAM, argumentando a propósito de la libre valoración. La convicción del juez no significaría nada si no estuviese acompañada de la del público; «no basta con que su decisión sea justa, sino que es necesario que además lo parezca»⁵⁰; no es suficiente que el juez esté convencido del acierto de su valoración, sino que «es preciso además que se encuentre en situación de hacer partícipe de su convicción al pueblo»⁵¹; y, en particular, parece que a través de la motivación el juez debería convencer, como mínimo, a las partes, sobre todo, a la que se sienta perjudicada con el fallo⁵².

⁴⁷ Sobre estas dos funciones, *vid.* M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, Cedam, 1975, pp. 334 ss.; L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 623. J. IGARTUA, *Discrecionalidad técnica, motivación...*, cit., p. 85.

⁴⁸ *Vid.* P. CALAMANDREI, *Proceso y democracia*, cit., p. 116.

⁴⁹ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 623.

⁵⁰ J. BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., vol. I, p. 96.

⁵¹ J. S. RUIZ PÉREZ, *Juez y Sociedad*, cit., p. 183, remediando a H. LÉVY-BRUHL, *La Preuve judiciaire*, cit., pp. 22 y 29.

⁵² A. AARNIO destaca expresamente este importante papel de la motivación: «parece correcto afirmar que la decisión puede ser totalmente comprensible sólo sobre la base de razones justificatorias y —lo que es más importante— también la parte perdedora aceptará el resultado si la decisión está basada en razones adecuadas», *Lo racional como razonable*, cit., p. 29.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional entiende que la obligación de motivar las sentencias del art. 120.3 CE, puesto en conexión con la tutela judicial protegida en el art. 24 CE, «conduce a integrar en el contenido de esta garantía el derecho del justiciable a conocer

Por lo demás, es evidente que, más allá de la convicción de las partes o del pueblo en general, la motivación, en cuanto "pública" manifestación de las razones de la decisión, contribuye a garantizar su racionalidad, pues —como también afirmara ya BENTHAM— la publicidad "es el preservativo de la arbitrariedad": «lo que menos se debe temer [de los jueces] son los poderes discrecionales que sólo se les confía con la condición expresa de que motiven en todos los casos el uso que hacen de ellos. Ese freno es suficiente, porque les deja toda la responsabilidad»⁵³.

Pero la motivación desempeña también una segunda función endo-procesal no menos importante que la primera y que puede considerarse su complemento: facilitar el control interno de las decisiones judiciales, garantizando así que la exigencia de actuación racional del poder pueda hacerse efectiva y no quede en una mera proclamación de buenas intenciones.

De poco serviría, en efecto, exigir que el poder actúe racionalmente si esta exigencia se tradujera tan sólo en la necesidad de mostrar o hacer públicas sus (supuestamente racionales) decisiones. Aunque no puede desconocerse que la publicidad es un freno a la arbitrariedad, también habrá de convenirse en que la publicidad, por sí sola, no es garantía completa de racionalidad: la proscripción de la arbitrariedad de las decisiones sólo resultará plenamente eficaz si se instauran al propio tiempo mecanismos jurídicos de control orientados a comprobar su racionalidad (los recursos). Y, a este respecto, la motivación, en cuanto expresión de las razones que (pretendidamente) justifican la decisión, permite a los órganos de control un conocimiento más claro y detallado de las mismas, facilitando así la tarea. Se trata, pues, de una función *respecto de los tribunales superiores* (tanto los de apelación como los de casación), que sin duda resolverán con mayor acierto los recursos si conocen las razones del juicio de hecho⁵⁴. Pero se trata también de una función *respecto de las partes* implicadas en el proceso,

las razones de las decisiones judiciales y, por tanto, el enlace de las mismas con la ley y el sistema general de fuentes, de la cual son aplicación» (STC 14/1991, FJ 2.º); es decir, la motivación no sólo es una exigencia del arts. 120.3 CE, sino que, en relación con el art. 24.1 CE, permite «satisfacer el derecho del ciudadano acusado» (STC 94/1990, FJ 3.º).

⁵³ J. BENTHAM, *Tratado sobre las pruebas judiciales*, cit., p. 95.

Tal vez la confianza de BENTHAM en las virtudes de la (sola) publicidad sea excesiva, aunque tampoco conviene olvidar que, en el marco de la filosofía de la Ilustración, esta exigencia, que hoy puede parecer consolidada, constituyó una de las reivindicaciones básicas frente al Derecho del Antiguo Régimen, comenzando lógicamente por la publicidad de la ley. *Vid.* sobre el particular, J. DE LUCAS, «Sobre la ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1789», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI, 1989, pp. 129 ss.

⁵⁴ Aparte de presentar a la motivación como una exigencia de los arts. 120.3 y 24.1 CE, el Tribunal Constitucional español atribuye también a ésta la función indicada en el texto, pues sólo con la motivación «cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad puede comprender el juicio formulado a partir de los indicios» (STC 175/1985, FJ 5.º). Es decir, la motivación

sobre todo la perjudicada por el fallo, a la que el conocimiento de esas razones facilitaría su eventual impugnación⁵⁵ (la motivación llega a ser “el espejo revelador de los errores del juzgador”⁵⁶) o podría incluso convencer de su corrección, evitando quizá ulteriores recursos.

Por último, aparte de las dos funciones anteriores, que en rigor pueden considerarse complementarias en la garantía frente a la arbitrariedad, la motivación desempeña también una tercera (e importantísima) función *respecto del propio juez*, que, a sabiendas de que tiene que motivar, estaría en mejores condiciones de descubrir errores de su razonamiento que pudieran haberle pasado desapercibidos; es decir, es muy posible que la conciencia de tener que motivar «condicione la formulación de la decisión someténdola a controles racionales y jurídicos»⁵⁷. De alguna manera esta función viene a levantar acta de las relaciones existentes entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación: el descubrimiento de una hipótesis no tiene por qué ser el campo de la pura emotividad o de la inventiva; en el descubrimiento de una hipótesis pueden aparecer sin duda elementos de irracionalidad o de emotividad, pero están (o pueden estar) también presentes elementos de aceptación o validación de la misma, pues no parece lógico pensar que, si puede justificarse una decisión, se haya adoptado ésta prescindiendo por completo de las razones que constituyen esa justificación. Por eso, no resulta descabellado pensar que la exigencia de motivar “retroactúe” sobre el propio *iter* de adopción de la decisión, reforzando su racionalidad; es decir, provocando la expulsión de los elementos de convicción no susceptibles de justificación; propiciando, en fin, que la adopción de la decisión se efectúe conforme a criterios aptos para ser comunicados, en detrimento de la “corazonada”, que resultará más difícil de justificar⁵⁸.

c) La exigencia de motivación se extiende a todas las pruebas

Por último, ha de quedar claro que el deber de motivar es extensible a *todas* las pruebas, aunque en cada caso plantee exigencias parcialmente diferentes. Lo dicho puede parecer una obviedad para quien

facilita «la revisión de posteriores instancias judiciales o, en su caso, de este Tribunal Constitucional» (STC 94/1990, FJ 3.º).

⁵⁵ R. RIVERA, «¿Quién custodia a los custodios?: casación y motivación como garantías del control de las decisiones judiciales», en *Jueces para la democracia*, 29, julio/1997, pp. 37-38.

⁵⁶ P. CALAMANDREI, *Proceso y democracia*, cit., p. 118.

⁵⁷ M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, cit., p. 139.

⁵⁸ Vid. P. ANDRÉS, «“Carpintería” de la sentencia penal en materia de “hechos”», *Revista del Poder Judicial*, 49, 1998, p. 418, y «Acerca de la motivación de los hechos...», cit., pp. 290 ss., donde insiste en que una de las finalidades de la motivación es implicar al juez, «comprometerle, para evitar la aceptación acrítica, como *convicción*, de alguna de las «peligrosas sugerencias de la “certeza subjetiva”» (p. 292). Señala también esta función de la motivación M. SERRA DOMÍNGUEZ, «El derecho a la prueba en el proceso civil español», cit., pp. 584-585.

tenga una actitud cautelosa y vigilante frente a los procedimientos de valoración de las pruebas; pero cobra pleno sentido a la vista de una opinión doctrinal y de una práctica forense que rebaja con demasiada frecuencia las exigencias de motivación, y no siempre por fundados motivos.

Hay, en efecto, una fuerte tendencia a reducir el ámbito de lo que necesita ser motivado: unas veces excusando directamente la necesidad de probar (y, por tanto, de motivar) determinados hechos; otras veces aliviando (hasta casi anular) las exigencias de motivación de ciertas pruebas. En el primer caso, se encontrarían los hechos notorios y (en el proceso civil) los hechos admitidos. En el segundo, las constataciones y la habitualmente llamada prueba directa. De cualquier manera, no todas estas “rebajas” en la exigencia de motivación merecen el mismo juicio.

Que los hechos notorios y los hechos admitidos no necesitan motivación parece desde luego una tesis correcta. De todas formas, la exención de motivación obedece en cada caso a razones diferentes.

La convicción del juez debe formarse sobre los hechos adquiridos ritualmente al proceso que después deben ser motivados. Sobre los hechos notorios, sin embargo, no pesa esta exigencia: “*notoria non eget probatione*”. Sin entrar en la problemática de la exacta definición de “notoriedad”, puede decirse que son hechos notorios los que son conocidos —o pueden ser conocidos— por todos, y, en consecuencia, también por el juez⁵⁹; por ejemplo, el hecho de una inundación, de una epidemia, de un terremoto, de la ruptura de una presa, de un accidente aéreo, de una huelga, etc. Ahora bien, debe distinguirse cuidadosamente la “notoriedad” del “conocimiento privado del juez”, pues la exención de prueba y motivación de aquella no se extiende a éste. Hechos notorios no son los que el juez conoce privadamente, pues éstos podrían no ser conocidos por todos. Notorios son aquellos hechos que, aun no habiéndolos percibido el juez directamente, su existencia está plenamente acreditada y es “de dominio público”⁶⁰. La notoriedad relevante tiene, pues, una dimensión pública o colectiva: no es noto-

⁵⁹ Precisamente por ello hay una cierta cercanía entre la noción de “hecho notorio” y la de “máxima de experiencia”: ambos pertenecen a la esfera del conocimiento “medio o común”. Este aspecto ya fue resaltado por P. CALAMANDREI, al vincular lo “notorio” con la “cultura media o común” («Per la definizione del fatto notorio», en *Rivista di diritto e procedura civile*, 1925, I, pp. 286 ss.). La confusión, sin embargo, debe ser deshecha: mientras que las máximas de experiencia hacen referencia a reglas generales, el hecho notorio se refiere a sucesos individuales.

⁶⁰ Parece claro que la notoriedad debe distinguirse cuidadosamente del “conocimiento privado” del juez. Por ejemplo, «es notorio el hecho de un gran desastre nacional o internacional (una inundación, un terremoto) de que se hayan ocupado los periódicos, haya sido tema general de conversación y repercutido extensamente; no es notoria, sin más, la granizada que destruyó la cosecha del demandante, aunque el juez posea una finca contigua y sufriera la misma consecuencia. Es notorio el hecho de la guerra, no que el litigante fuera movilizado por causa de ella, aunque el juez lo sepa por ser su vecino. No es notorio el hecho de la muerte de

riedad para el juez, sino para el colectivo en general. Y ello es precisamente lo que explica que la exigencia de prueba y motivación de estos hechos, expresada en nuestra regla (ii), se vea cumplida con su simple manifestación: no hay ninguna necesidad de probar (justificar) lo que es públicamente conocido. Probar los hechos notorios es "perder el tiempo del tribunal"⁶¹.

No sucede en absoluto lo mismo con los hechos que el juez pueda conocer privadamente. Para que el juez pueda fundar válidamente su convicción sobre estos hechos, no sólo deben ser adquiridos al proceso a través de las formas legalmente previstas, sino también justificados, pues si el juez no se viera obligado a ello se estaría dando cobertura al más puro decisionismo. Que el juez conozca privadamente ciertos hechos alegados en el proceso puede influir (y, sin duda, influye) en el contexto de descubrimiento: su convicción sobre la ocurrencia de los mismos será absoluta. Pero el contexto de justificación exige razones, y el conocimiento privado del juez sobre ciertos hechos, en sí mismo, no puede considerarse una razón que justifique su veracidad. En suma, la motivación no puede resumirse en un "esto es así porque yo lo sé". Sobre los hechos que el juez conoce privadamente pesa la misma exigencia de justificación que sobre el resto. Por lo demás, puesto que "notoriedad y verdad" son cosas diferentes, aunque tendencialmente tiendan a coincidir, parece claro que también los hechos notorios deben probarse cuando exista duda sobre su existencia (y, derivadamente, sobre su notoriedad)⁶².

Tampoco plantea especiales problemas la exención de justificación para los "hechos admitidos" en el proceso civil. Son hechos admitidos aquellos que, alegados por una parte, son admitidos por la contraria. A diferencia del supuesto de los hechos notorios, la exención de motivación no se funda aquí en que, por cualquier motivo, deba darse por acreditada la veracidad del hecho; es decir, no se funda en que la admisión del hecho lo pruebe o justifique. La exención deriva de que la propia institucionalización del proceso (civil) deja a la disposición de las partes la fijación de los hechos, de manera que, en el ámbito de ese proceso, sólo exigen prueba, y consecuentemente justificación, los hechos controvertidos o no admitidos. En pocas palabras, la cuestión de hecho sólo alcanza aquí a aquello que sea objeto de controversia.

Que las "constataciones" no necesitan motivación parece también una tesis correcta; aunque, en sentido estricto, no es que no necesiten motivación, o aportación de razones que justifiquen su veracidad, sino

una persona, aunque el juez, como particular, velara el cadáver y asistiera al entierro», E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, cit., p. 303.

⁶¹ J. WRÓBLEWSKI, «La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación», cit., p. 179.

⁶² Vid. G. UBERTIS, *Fatto e valore...*, cit., p. 66.

que ésta se ve cumplida con su simple manifestación. Las constataciones son las pruebas que derivan de la observación directa del juez, de manera que, siendo el propio juzgador el que "directamente" ha observado el hecho que constata, la motivación se resume en la expresión de esa constatación. La razón parece clara: el juez sólo puede verificar un enunciado de percepción (una "constatación") constatando los hechos que describe, de manera que justificar ese enunciado, o sea, aportar las razones que apoyan su verificación, consiste simplemente en enunciarlo; o, si se quiere, en manifestar que el enunciado es verdadero porque los hechos que describe se han percibido. Ello no significa, desde luego, que las constataciones sean "infalibles", pues el juzgador puede haber incurrido en errores de percepción. Significa tan sólo que, entretanto no se pongan de manifiesto esos errores, la manifestación de lo que el juez ha percibido hace válida prueba de aquello que se describe.

Pero no todas las "rebajas" en la necesidad de motivar tienen algún fundamento; o, si se quiere, algún fundamento "atendible". Esto es lo que sucede con cierta práctica forense que, sobre la base de una distinción, que aquí hemos rechazado, entre "prueba directa" (de la que surge directa y espontáneamente el hecho principal que se pretende acreditar) y "prueba indirecta, indiciaria o presuntiva" (que requiere del razonamiento), sólo insiste en la necesidad de motivación de la segunda⁶³. Ello parece deberse a que a la llamada prueba directa (por ejemplo, el testimonio de la víctima sobre el hecho principal) se le reconoce una dificultad (y, por tanto, un riesgo de error) menor que a la prueba indiciaria o indirecta⁶⁴. Recordémoslo: en los supuestos de prueba directa «la demostración del hecho enjuiciado surge de modo directo e inmediato del medio de prueba utilizado... Su valoración no presenta las dificultades propias de la prueba indiciaria, porque la consecuencia o apreciación viene determinada sin necesidad de hacer uso de operaciones mentales complejas, es decir, por ser en cierto modo tarea más teñida de objetividad y, por tanto, de imparcialidad. El problema, la dificultad y el peligro surgen con la prueba indirecta... pues hace entrada en ella la subjetividad del juez, en cuanto mentalmente ha de realizar el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia»⁶⁵. Ya dijimos en su momento (epígrafe 5) que esta distinción

⁶³ Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo, que en esto sigue a la primera, proclaman insistentemente la necesidad de motivar la prueba indiciaria; más exactamente, la necesidad de que el razonamiento que se ha seguido se exprese en la Sentencia, pues es el único modo de controlar que no sea "arbitrario, irracional o absurdo". Por todas, SSTC 174/1985, FJ 5.º, y 175/1985, FJ 5.º

⁶⁴ La necesidad de especial motivación —interpreta A. MARTÍNEZ ARRIETA— se debe a que la prueba indiciaria adolece de ciertos riesgos: la posibilidad del azar, los errores que pueden producirse y la posibilidad de falsificación de los indicios, «La prueba indiciaria», cit., p. 72. El propio Tribunal Constitucional respalda esta apreciación: «sin duda, la prueba directa es más segura y deja menos márgenes de duda que la indiciaria» (STC 174/1985, FJ 4.º).

⁶⁵ STC 174/1985, FJ 1.º y 2.º, y STC 169/1986, FJ 2.º

es errónea y se funda en una acrítica concepción de la estructura del razonamiento que caracteriza la —en esta terminología— prueba directa. La prueba directa tiene también naturaleza inductiva, y lo único que la separa de la —también en esta terminología— prueba indirecta o indiciaria es el número de pasos inferenciales de que consta⁶⁶. Nada la exime, por tanto, de la exigencia de motivación⁶⁷.

En resumen, la exigencia de motivación se extiende a todas las pruebas. Ésta es la regla general, y en su cumplimiento encuentra el juez la legitimidad de su actuación. Por eso, al margen de los supuestos en que fundadamente puedan rebajarse o incluso anularse las exigencias de motivación, podría extenderse al juez lo que REICHENBACH dice del científico: el juez no es una especie de profeta que conoce la verdad, pero tampoco alguien que opera sin fundamento; es más bien un jugador racional que hace una apuesta (la declaración de hechos de la sentencia) conociendo bien las leyes de la probabilidad. Por eso debe poder demostrar que ésa es la mejor apuesta, que eso es lo mejor que puede hacer; porque «si un hombre hace lo mejor que puede hacer, ¿qué más se le puede pedir?»⁶⁸.

13) EL CONTENIDO DE LA MOTIVACIÓN DE LOS HECHOS

a) Motivación-actividad y motivación-documento.

Las relaciones entre la justificación y el descubrimiento

Hasta aquí hemos identificado la motivación con un género de justificación. Sin embargo, la motivación puede ser entendida como una actividad o como el resultado de la misma. Para identificar ambas cuestiones usaré las expresiones “motivación-actividad” y “motivación-documento”⁶⁹. Merece la pena detenerse mínimamente en estas dos formas de entender la motivación. Primero, porque la distinción enlaza con las relaciones entre el contexto de descubrimiento y el de justificación; segundo, y relacionado con lo anterior, porque cuál haya

⁶⁶ Recordemos que, desde el punto de vista de su estructura lógica, lo único que diferencia a estos dos tipos de pruebas es tan sólo el número de pasos inferenciales que están presentes en el razonamiento del juez, número que es menor en la prueba directa por versar ésta (directamente) sobre el hecho principal que con ella se pretende probar.

⁶⁷ No faltan, sin embargo, quienes, a propósito de la motivación, abogan por la igualdad «por abajo» entre todos los tipos de pruebas: supresión de la exigencia de motivación expresa. Por ejemplo, J. L. MANZANARES SAMANIEGO, «Sobre la presunción de inocencia», en *Actualidad Penal*, núm. 12, 1992.

⁶⁸ H. REICHENBACH, *La filosofía científica*, cit., pp. 257-58.

⁶⁹ La expresión “motivación-documento” la tomo de P. COMANDUCCI («La motivazione in fatto», cit., pp. 219 ss.), pues me parece más adecuada para lo que con ella se quiere expresar que la más extendida de “motivación-producto”. Sobre la distinción entre estos dos tipos de motivación, *vid.* también J. IGARTUA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., pp. 180 ss.

de ser el contenido de la motivación dependerá en gran medida de cómo se conciban esas relaciones.

La *motivación-actividad* es el procedimiento mental que ha conducido al juez a formular como verdadero un enunciado sobre los hechos del caso. La motivación-actividad versa, pues, sobre el contexto de descubrimiento.

La *motivación-documento* es el conjunto de enunciados del discurso judicial (o el documento en el que se plasman) en los que se aportan las razones que permiten aceptar otros enunciados fácticos como verdaderos. La motivación-documento versa, pues, sobre el contexto de justificación⁷⁰.

Cuando en el discurso jurídico se habla de la necesidad de que la motivación se extienda también a la premisa fáctica, lo que interesa es la motivación-documento, la que se plasma en la sentencia, pues las funciones que la motivación desempeña (y que ya han sido aludidas) sólo pueden entenderse enteramente cumplidas mediante la publicidad y seguridad que sobre las mismas aporta el documento. Ahora bien, hay varios modos de entender cuál haya de ser el contenido de la motivación-documento que corren paralelos a los modos de entender la relación entre ésta y la motivación-actividad, entre la justificación y el descubrimiento. Estos modos se sitúan entre las dos siguientes posiciones extremas⁷¹.

La primera posición extrema entiende que la motivación contenida en la sentencia (la motivación-documento) no guarda (o no tiene por qué guardar) ninguna relación con el procedimiento mental que ha conducido al juez a adoptar la decisión sobre los hechos del caso; es decir, que los motivos del juez para adoptar la decisión no son racionales o que, siéndolo, son de una racionalidad distinta y no coincidente con la exigible en la motivación-documento. La motivación es entendida aquí como una ficción o, a lo sumo, como una racionalización *a posteriori* de la decisión; o sea, como ese expediente de hipocresía formal, del que hablara CALAMANDREI, que otorga un disfraz lógico a una decisión nacida de otros móviles, que pueden incluso ser arbitrarios⁷².

La segunda posición extrema, por el contrario, entiende que la motivación-documento ha de ser un fiel reflejo de la motivación-ac-

⁷⁰ Aunque con distinta terminología («actividad» y «discurso», en vez de “motivación-actividad” y “motivación-documento”), M. TARUFFO adscribe también cada una de estas motivaciones a los contextos de descubrimiento y justificación, *La motivazione della sentenza civile*, cit., p. 215.

⁷¹ *Vid.* P. COMANDUCCI, «La motivazione in fatto», cit., p. 221. Sobre los distintos modos de concebir las relaciones entre descubrimiento y justificación, *vid.* T. MAZZARESE, «Scoperta vs. giustificazione», nota 186 del cap. II de este trabajo.

⁷² P. CALAMANDREI, *Democracia y proceso*, cit., p. 124.

tividad; es decir, que la justificación en que consiste la motivación-documento se alcanza cuando se hace explícito el *iter* mental que ha conducido al juez a adoptar la decisión, sea cual sea el tipo de racionalidad de este *iter* o incluso en ausencia de toda racionalidad.

La primera posición (la separación tajante entre las dos motivaciones) no resulta aceptable, pues equivale a recabar justificación racional para aquello que ha podido ser descubierto de cualquier manera, incluso con desprecio de los patrones que impone un modelo cognoscitivista e institucionalizado de conocimiento de hechos. Es decir, es una tesis ideológicamente *insostenible*, por cuanto supone la apertura a un irracionalismo extremo en la adopción de la decisión. Pero no sólo eso. Es también una tesis *incomprensible*, pues no parece lógico que quien, a través de la motivación-documento, es capaz de sostener con razones la verdad de un enunciado fáctico haya "descubierto" la misma prescindiendo por completo de esas razones. Por lo demás, como afirma UBERTIS, parece olvidarse que quien toma una decisión a sabiendas de que debe motivarla (y ésta la situación típica en que se encuentra el juez, al menos en los sistemas donde existe la obligación de motivar) encuentra ya el ámbito de posibles soluciones circunscrito a las que aparecen como racionalmente justificables: el juez está "constreñido" a adoptar su decisión teniendo en cuenta que después debe poder justificarla ⁷³.

Pero la huida de la separación radical (*falacia irracionalista* en terminología de AMODIO) no debe abocar a la identificación absoluta (*falacia descriptivista* que entiende la motivación en el documento como el espejo del proceso decisorio ⁷⁴). Esta segunda posición tampoco parece correcta, y tiene su base en una acrítica falta de distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación.

En el discurso judicial sobre la prueba, el descubrimiento es el *iter* intelectual que conduce, a partir de unos hechos "anómalos" o "controvertidos", a la formulación de un enunciado sobre aquéllos. La justificación hace referencia a las razones por las que ese enunciado puede aceptarse como verdadero. Si el descubrimiento pudiera concebirse como un proceso estrictamente racional, tal vez la justificación podría entenderse como la descripción de un correcto proceso de descubrimiento: entonces, y sólo entonces, pudiera tener sentido asimilar la motivación-documento a la motivación-actividad. Sin embargo, difícilmente puede sostenerse tal afirmación.

Como hemos mantenido aquí, el descubrimiento no es el campo de lo puramente irracional o creativo, en la medida en que en él están también presentes estándares de justificación. Es más, ambos contextos

⁷³ G. UBERTIS, *Fatto e valore...*, cit., pp. 53-54. En el mismo sentido, E. AMODIO, «Motivazione della sentenza penale», en *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 216-217.

⁷⁴ E. AMODIO, «Motivazione della sentenza penale», cit., pp. 214-215.

han de tener en común una racionalidad empírica capaz de descubrir o de justificar una verdad que se concibe como correspondencia con el mundo exterior, aunque sea sólo una correspondencia "probable". Sin embargo, así como en el contexto de descubrimiento pueden aparecer irremediamente elementos no racionales —aquellos que, como vimos, propician cierta interpretación de los principios de inmediación y de valoración conjunta de las pruebas—, ello ha de quedar por completo excluido en el contexto de justificación: no se motiva apelando a la "íntima convicción", pues ésta no justifica nada, sino apelando a buenas razones capaces de una comunicación intersubjetiva.

Podría decirse, en suma, que, aunque la racionalidad es una (la inductiva), los contextos son dos (el de descubrimiento y el de justificación).

Por tanto, ni absoluto divorcio ni total identificación. La motivación-documento puede no coincidir exactamente con la motivación-actividad, porque en ésta pueden aparecer (y, de hecho, aparecen) elementos arracionales de los que aquélla no puede hacerse cargo si no es haciéndolos pasar por el tamiz de la justificación racional. Pero, a su vez, el juez, al menos en un modelo cognoscitivista, tampoco puede descubrir una verdad que luego no esté en condiciones de justificar honesta o coherentemente, esto es, mediante unos mismos patrones de racionalidad; y para ello, necesariamente, habrá de hacer uso de tales patrones en el propio proceso de averiguación de la verdad.

El corolario de lo anterior resulta claro: la motivación-documento no puede ser entendida como la reproducción de las causas reales (que pueden ser también psicológicas, sociológicas, empíricas...) que han conducido a la formulación de un enunciado fáctico, sino sólo como el conjunto de argumentos que permiten presentar tal enunciado como verdadero ⁷⁵. No es incongruente, por ello, afirmar la imposibilidad de fiscalización del contexto de descubrimiento y la posibilidad (y aun necesidad) de fiscalización del contexto de justificación. En cierto modo cabría decir que, en un modelo cognoscitivista, la motivación-documento ha de coincidir con la motivación-actividad, pero eliminando de ella los elementos no susceptibles de justificación racional.

Retomando el ejemplo de Hamlet: el fantasma reveló a Hamlet que su padre no murió de muerte natural, sino que fue asesinado por

⁷⁵ Argumentando en contra de considerar la justificación de la decisión (o sea, la motivación) como una suerte de reproducción del *iter* seguido por el juez para llegar a la decisión final, M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., pp. 107 ss. En contra también J. IGARTUA, quien añade, además, que la transparencia y la sinceridad no se cuentan entre las finalidades de la motivación. Si la finalidad de la motivación es controlar los espacios de discrecionalidad para evitar la actuación arbitraria del poder, «importan sobremanera las razones que se dan y apenas nada, o nada a secas, ni los buenos modales (la cortés transparencia) ni las virtudes morales (la sinceridad)», *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, cit., p. 86.

el marido de su madre. Hamlet tiene esta información porque se lo reveló el fantasma, pero ahora tiene que probar (justificar) que esto fue así; es decir, tiene que probar la hipótesis (*h*) ("El padre de Hamlet fue asesinado por el marido de su madre"), y para ello se apoya en las pruebas *p*1, *p*2 y *p*3:

*p*1: "El marido de la madre de Hamlet tenía motivos para matar al padre de Hamlet (convertirse en rey de Dinamarca)".

*p*2: "Ese hombre y su madre se casaron apresuradamente".

*p*3: "El padre de Hamlet gozó siempre de buena salud".

A los efectos de probar (justificar) la hipótesis (*h*) es indiferente que Hamlet se formara su convicción sobre los hechos por las revelaciones del fantasma o por un proceso inductivo que lo pudo conducir desde *p*1, *p*2 y *p*3 hasta *h*. Lo importante es justificar, a partir de las pruebas, que *h* es (probablemente) lo que ocurrió.

Pero, además, la separación entre descubrimiento y justificación cobra una especial importancia en un contexto de descubrimiento institucionalizado, donde, en virtud de diversas reglas jurídicas, hay pruebas que no deben ser atendidas o conocimientos extraprocesales que no deben ser tomados en consideración. El juez debe entonces adoptar su decisión sobre los hechos "como si" no conociese esos datos. Sin embargo, es evidente que tales pruebas y conocimientos pueden influir psicológicamente en la decisión del juez⁷⁶. Por ello, al final, este deber de "sentenciar... como si" sólo puede controlarse a través de la motivación de la sentencia: el juez debe saber motivar incluso contra su convicción, «y no debe "hacer decir" a los otros elementos de prueba lo que le hayan podido comunicar los elementos inutilizables, si aquéllos no tienen capacidad de transmitir ese conocimiento a quien conoce solamente éstos»⁷⁷. La necesidad de no mezclar descubrimiento y justificación aflora una vez más; ahora por razones institucionales.

Por lo demás, la distinción entre descubrimiento y justificación resulta también relevante para el establecimiento de mecanismos de control (a través de los recursos) cuando no se desea atribuir a la instancia fiscalizadora la competencia para adoptar una nueva decisión: el control sobre la motivación sólo enjuicia si las argumentaciones esgrimidas en favor de una decisión permiten sostener ésta, de manera que si la motivación no resulta adecuada no se le abre al órgano de control (por ejemplo, un tribunal de casación) la vía para valorar él mismo la prueba —y, por tanto, adoptar una nueva decisión—, sino sólo la posibilidad de poner de manifiesto el vicio de motivación. Cuan-

⁷⁶ Es innegable que en muchas ocasiones «la motivación verdaderamente real y efectiva de una sentencia no está expresada en absoluto en la llamada "parte motiva" del pronunciamiento del juez, sino que se encuentra más bien en los pliegues ocultos... del ánimo del que juzga», M. CAPPELLETTI, «Ideologías en el proceso penal» (1962), recogido en *Proceso, Ideologías y Sociedad*, trad. S. Sentís y T. A. Banzhaf, Buenos Aires, EJE, 1974, p. 4.

⁷⁷ E. FASSONE, «Quaestio facti», cit., pp. 319.

do se identifica justificar con descubrir, en cambio, la constatación de los vicios de motivación terminan conduciendo al órgano de control a revisar la propia decisión⁷⁸.

En la doctrina científica, pero sobre todo en la práctica jurisprudencial, no siempre se es consciente de esta distinción entre descubrimiento y justificación, lo que provoca no pocas confusiones y malentendidos. La que a veces se denomina *concepción mentalista o psicologista de la motivación* constituye un buen ejemplo de esta confusión, pues expresa la posición de quienes entienden que motivar (en el documento) consiste en hacer explícito el proceso mental que ha llevado a la decisión⁷⁹. Si a ello se añade que tradicionalmente la libre valoración de la prueba se ha concebido como criterio (positivo) de valoración consistente en la convicción íntima, intransferible e irreproducible, se comprenderá por qué se ha podido mantener que el proceso de descubrimiento (guiado por esa íntima convicción) no es susceptible de justificación⁸⁰; por qué, en suma, la motivación se ha mostrado (y en ciertos aspectos se sigue mostrando todavía) como una operación imposible⁸¹.

Seguramente es también esta confusión entre justificación e *iter* decisional lo que hace que algunos sigan viendo imposible, o al menos muy difícil, una *rigurosa* motivación de los hechos, porque imposible, o al menos muy difícil, resulta la explicitación y subsiguiente control de *todo* el proceso mental que ha llevado a la decisión.

Así, que el Tribunal Constitucional entienda que para dar cumplimiento a la exigencia de motivación no es obligado realizar «un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pueden tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aque-

⁷⁸ Así lo pone de manifiesto M. TARUFFO, quien se muestra crítico con la tendencia de los tribunales de casación a usar la motivación como trámite para controlar la decisión, en vez de concebirla como un conjunto de argumentos justificativos que han de ser controlados como tales; o sea, sin discutir su fundamento interno, *Il vertice ambiguo*, cit., pp. 135 ss., esp., p. 141.

⁷⁹ Incluso el Tribunal Constitucional, que desde luego ha realizado un notable esfuerzo para racionalizar la valoración de la prueba, no acaba de desprenderse de la identificación denunciada entre descubrimiento y justificación. Con razón observa J. IGARTUA que «tanto la jurisprudencia más granada (la del TC y TS) como la doctrina dominante permanecen todavía cegadas por la concepción psicologista de la justificación (motivación)», *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., p. 147.

⁸⁰ Esta confluencia de problemas también la aprecia J. IGARTUA, en cuya opinión, al no distinguirse entre decisión y justificación se ha generado una doctrina (y una jurisprudencia), según la cual no es posible fiscalizar (en vía de casación o de amparo) la determinación de los hechos, dado que ésta es producto de una "valoración" intransferible e irreproducible, y, por tanto, imposible de justificar (motivar) e incontrolable. *Vid.* al respecto J. IGARTUA, *op. cit.* en nota anterior, cap. 4, en particular pp. 144 ss.

⁸¹ Recordemos de nuevo esa *zona opaca al control racional* que sigue existiendo en virtud de la interpretación, habitual en la jurisprudencia, de las relaciones existentes entre "intermediación", "libre valoración" y "motivación".

llas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión»⁸², parece obedecer a que mantiene, aunque confusamente, una concepción *psicologista* de la motivación⁸³; concepción *psicologista* que asoma sin tapujos en algunos otros pronunciamientos: por ejemplo, cuando afirma la necesidad de que «el órgano judicial explicite el *iter* mental que le ha llevado a entender probados los hechos constitutivos de delito»; o cuando lanza un reproche al órgano judicial porque «no hace referencia alguna al proceso mental que le habría permitido apreciar la existencia de enlace preciso y directo»⁸⁴.

Y, del mismo modo, sostener que no es exigible —y que es incluso imposible— una motivación exhaustiva porque en un órgano colegiado no se ve cómo habría de redactarse la sentencia, habida cuenta de que los diferentes miembros del Tribunal han podido llegar a la conclusión por diferente camino⁸⁵, o sostener que en relación con los hechos la motivación plantea un problema difícil de resolver porque «se aviene mal con la apreciación libre y la pluralidad de juzgadores»⁸⁶, obedece de nuevo, y con más claridad que en el caso anterior, a que se está identificando entre motivación y reproducción del *iter* mental⁸⁷. Cuando se distingue claramente entre la motivación (como justificación en el documento) y el *iter* mental que conduce a la decisión desaparece cualquier diferencia esencial entre la motivación de un juez unipersonal y la de un juez colegiado. El “fuero interno” de cada uno de los jueces del órgano colegiado se expresará en el debate anterior a la sentencia, y no en la sentencia misma⁸⁸. Sorprende por ello que incluso quienes,

⁸² STC 14/1991, FJ 2.º

⁸³ En el mismo sentido, J. IGARTUA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., p. 165.

⁸⁴ SSTC 229/1988, FJ 2.º También resulta claro, por ejemplo, en STC de 21 de noviembre de 1986.

⁸⁵ «En un Tribunal colegiado... no todos los miembros en su intimidad llegan a la conclusión de culpabilidad y, por tanto, a la credibilidad de una prueba frente a otra, por el mismo camino y con idéntico recorrido... Por esta razón «lo importante es decir cuáles son los hechos inequívocamente probados, y de ellos obtener la correspondiente conclusión», E. RUIZ VADILLO, «Hacia una nueva casación penal», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1585, p. 5685.

⁸⁶ La opinión expresada en el texto es de F. GÓMEZ DE LIAÑO. En este caso, además, la concepción *psicologista* de la que participa el autor resulta particularmente clara, pues, poniendo de relieve la importancia que en materia de motivación han tenido los arts. 24.1 y 120.3 CE, resalta la precariedad en este punto de nuestra centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo art. 142 «prescinde de toda referencia al camino seguido por los juzgadores para llegar al indispensable relato fáctico», y de los arts. 247 y 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que prescinden también «de alusión alguna sobre el proceso mental que desemboca en la narración fáctica», F. GÓMEZ DE LIAÑO, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 183.

⁸⁷ Aprecia lo mismo J. IGARTUA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., p. 150., que constata un planteamiento similar al de RUIZ VADILLO en F. TOMÁS Y VALIENTE, «*In dubio pro reo*, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, 1987, p. 34.

⁸⁸ *Vid.* al respecto G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, cit., p. 51.

como Manuel ATIENZA, insisten en la distinción entre descubrir y justificar⁸⁹, concedan alguna relevancia a las opiniones expresadas más arriba sobre las dificultades para exigir una motivación exhaustiva⁹⁰.

En suma, motivar los enunciados fácticos es justificarlos en la sentencia y no reflejar el *iter* decisional. Desde luego esto no significa que el descubrimiento discurra y pueda culminarse a través de itinerarios imposibles de justificar racionalmente; no significa que el fantasma de Hamlet represente la fuente de conocimiento capaz de fundar la libre convicción, porque entonces quedaría arruinado todo el edificio *cognoscitivista* y la motivación se convertiría en un ejercicio de invención de “razones” ajenas por completo a los “motivos” reales que han llevado a considerar verdaderas ciertas aserciones. De ahí que entre el descubrimiento y la justificación haya de existir una relación⁹¹ que, en pocas palabras, cabe cifrar en una común metodología inductiva. Pero la motivación no es tampoco la reproducción exacta del proceso de descubrimiento, entre otras cosas porque en este último pueden intervenir causas o elementos que no pueden valer como razones justificatorias. La motivación asume una tarea depuradora sobre la actividad *cognoscitiva* que reclama del juez una reconsideración de sus iniciales convicciones a la luz de los argumentos racionales, que son los únicos que ineludiblemente ha de emplear para fundar su decisión.

b) La motivación de la premisa fáctica es conceptualmente distinta de la motivación de la premisa normativa

Si motivar la premisa fáctica es justificarla, y no reproducir el *iter* mental que ha conducido a ella, una cuestión que cabe plantear es si entre esta motivación y la de la premisa normativa existe alguna diferencia esencial, pues, si así no fuese, la exigencia de motivación de los hechos implicaría sólo la necesidad de extender también al ámbito de la prueba el discurso sobre la motivación jurídica que tan espec-

⁸⁹ Precisamente M. ATIENZA señala que el error fundamental del realismo jurídico radica en confundir el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, *Las razones del Derecho*, cit., pp. 22-26; y *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, pp. 125-126.

⁹⁰ Comentando la crítica que P. ANDRÉS IBÁÑEZ hace a la tesis de Ruiz Vadillo [expuesta en nota 85], M. ATIENZA entiende que, si no se renuncia al sistema del magistrado ponente, hay que conceder a RUIZ VADILLO un grano de razón, pues no se ve cómo podrían conjugarse las tres exigencias que se desprenden de la tesis de P. ANDRÉS: «que la sentencia sea un texto completo; que sea coherente; y que se respete el principio de sinceridad», «Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez», cit., p. 86.

⁹¹ Para eludir el problema de la relación entre motivación-actividad y motivación-documento «no basta con negar relevancia práctica a las actividades mentales de motivación. Más bien sería necesario negar radicalmente la existencia de motivación-actividad y no creo que ni el más convencido comportamentista [quien identifica la motivación con los enunciados del discurso judicial] esté dispuesto a llegar tan lejos», P. COMANDUCCI, «La motivazione in fatto», cit., p. 221.

tacular desarrollo ha experimentado en las últimas décadas con las teorías de la argumentación. Además, y por lo que se refiere a la estructura de la sentencia, no tendría por qué haber separación entre la motivación fáctica y la jurídica: la motivación de los hechos pasaría a ser una parte más de la fundamentación jurídica.

La distinción entre motivación de la premisa normativa y motivación de la premisa fáctica se conecta con la más básica entre *quaestio iuris* y *quaestio facti* y, en línea de principio, podría ser negada conceptualmente o empíricamente.

La negación *conceptual* de la distinción se vincula a la negación de la "Gran División" entre hechos y valores. La tesis divisionista puede ser impugnada al menos de dos formas: adoptando una "estrategia ontológica" y adoptando una "estrategia epistemológica"⁹². La primera consiste en sostener que los valores son una especie de los hechos, y que, por tanto, se los puede conocer como se conoce a los hechos. La segunda mantiene que los hechos no pueden ser distinguidos de los valores, bien porque están impregnados de valores (variante débil), bien porque, igual que los valores, son construcciones del sujeto (variante fuerte). Es la estrategia epistemológica la que prevalentemente se ha seguido en la teoría de la ciencia contemporánea, y de ella nos hemos ocupado ya en este trabajo; pero las conclusiones a las que conduciría en el discurso jurídico no parece que puedan aceptarse. Es más, el cognoscitivismo, como modelo para el análisis del juicio judicial de hecho, es incompatible con una epistemología constructivista o extremadamente subjetivista; y ya expusimos en su momento las razones que propician la adopción de ese modelo⁹³. Por lo demás, más que de hechos y de valores, los juristas se ocupan de discursos asertivos y de discursos valorativo-prescriptivos, y la distinción entre estos últimos parece conceptualmente irrenunciable.

No obstante, en el plano jurídico discursivo se ha cuestionado doblemente esta distinción⁹⁴. Por una parte, argumentando que la *quaestio facti* concierne a los hechos jurídicamente calificados, y no a los hechos brutos: por ejemplo, que alguien sea un asesino es algo que depende de la norma jurídica que establece qué es un asesinato. Obviamente no se niega la existencia de los "hechos brutos" denotados por la calificación jurídica; simplemente se afirma que la *quaestio facti*

⁹² Tomo la terminología, así como el planteamiento de la cuestión, de P. COMANDUCCI, «La motivazione in fatto», cit., pp. 222 ss., adonde remito.

⁹³ No será necesario recordar aquí, de nuevo, las razones de índole general que propician la adopción de una epistemología "moderadamente realista", y las de índole más particular que propician la adopción, para el discurso judicial de los hechos, de un modelo cognoscitivista basado en una epistemología de ese tipo. Remitimos a cuanto se expuso en los epígrafes 2).b), 2.º y 3).

⁹⁴ Al respecto, T. MAZZARESE, «Cognition and Legal Decision Remarks on Bulygin's View», en L. GIANFORMAGGIO y S. PAULSON (coords.), *Cognition and Interpretation of Law*, cit., pp. 158 ss.

de la sentencia tiene sólo que ver con la calificación jurídica; que lo que se conoce como "fijación de los hechos" en el proceso es inseparable de su calificación jurídica; que, en definitiva, el hecho en el proceso nunca se concibe y expresa aisladamente, en función de su existencia meramente factual, sino en esencial relación con una norma jurídica⁹⁵. Por otra parte, la distinción se ha cuestionado argumentando que lo que cuenta como *quaestio facti* y lo que cuenta como *quaestio iuris* varía de sistema en sistema, y a veces de jurisdicción en jurisdicción, y que esa falta de unanimidad y claridad legal ilustra la dificultad de establecer una distinción *a priori* entre ambas⁹⁶.

Respecto a la primera cuestión, y como ya se afirmó en su momento, la calificación jurídica de los hechos no elimina la existencia de un previo juicio de hecho de indudable relevancia en la decisión judicial y al que, como tal juicio de hecho, no puede atribuírsele naturaleza normativa. Es más, desde el punto de vista lógico, éste es un *prius* de aquélla, pues la calificación comienza precisamente cuando han sido fijados los hechos. Como afirma TARUFFO, que sea el derecho el que define lo que constituye el hecho con relevancia jurídica «no implica ni permite confusiones entre hecho y derecho, y mucho menos autoriza a privar de autonomía al hecho para diluirlo y anularlo en la genérica dimensión jurídica de la controversia»⁹⁷. Respecto a la segunda cuestión, que lo que cuenta como *quaestio facti* y como *quaestio iuris* varíe en la práctica de los sistemas jurídicos no invalida obviamente la distinción conceptual entre enunciados fácticos y enunciados normativos. Pone sólo de manifiesto la falta de unanimidad sobre el fundamento de la distinción, sobre la definición de qué sea el hecho y qué el derecho; o incluso al revés: que gran parte del problema que suscita la distinción entre hechos y derecho deriva de que ésta se formula muchas veces no en función de unas supuestas cualidades intrínsecas de los hechos o del derecho, sino con el objeto de delimitar ámbitos jurídicos basados en esa distinción, por ejemplo, el recurso de casación⁹⁸.

Claro está que la distinción entre el juicio jurídico y el juicio de hecho no obsta para que muchas veces pueda resultar *empíricamente* difícil distinguirlos con nitidez, pues en el juicio judicial fáctico pueden

⁹⁵ Ésta sería, por ejemplo, la tesis de J. D. JACKSON, «Questions of Fact and Questions of Law», en W. TWING (ed.), *Facts in Law*, cit. pp. 85 ss. Y, en general, ésta es la posición de quienes, desde la semiótica y la hermenéutica, ven en la justificación jurídica una historia de tipo narrativo; *vid.*, por ejemplo, J. LENOBLE, «La théorie de la cohérence narrative en droit. Le débat Dworkin-MacCormick», cit.; V. VILLA, «Normative Coherence and Epistemological Presupposition of Justification», cit.; G. ZACCARIA, «Hermeneutics and Narrative Comprehension», cit. Mantiene también esta posición G. UBERTIS, *Fatto e valore...*, cit., pp. 70 ss., y bibliografía allí citada.

⁹⁶ J. D. JACKSON, «Questions of Fact and Questions of Law», cit., p. 87.

⁹⁷ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 69-70.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 69, notas 9 y 10.

estar también presentes juicios jurídicos⁹⁹ y en los juicios de derecho pueden estar también presentes juicios de hecho¹⁰⁰; pero ello no impide que sea posible trazar una distinción conceptual entre ambos tipos de juicio. Es más, la distinción no es sólo conceptualmente posible, sino también oportuna a fines explicativos y normativos: lo primero porque permite analizar y entender fenómenos empíricamente complejos mejor que las concepciones globalizadoras; lo segundo porque muchos ordenamientos fundan sobre esa distinción figuras relevantes, como el recurso de casación¹⁰¹. Precisamente por y para ello, la separación conceptual entre *quaestio iuris* y *quaestio facti* ha de encontrar reflejo en la estructura de la sentencia: manteniendo claramente separadas la justificación de los hechos y la fundamentación jurídica.

La separación conceptual entre la *quaestio iuris* y la *quaestio facti*, o entre enunciados normativos y enunciados fácticos —que no sólo es posible y oportuna, sino (desde la perspectiva del cognoscitivism) también necesaria—, lleva consigo la distinción entre motivación de la premisa jurídica y motivación de la premisa fáctica: mientras justificar un enunciado normativo consiste en sostener con razones su validez, o su corrección, o su justicia, justificar un enunciado fáctico consiste en aducir razones que permitan sostener que es verdadero o probable. De todas formas, la distinción entre ambos tipos de motivación no cierra, sino que más bien abre, la cuestión de cuál haya de ser el contenido de la motivación de la prueba, de cuándo puede decirse que la declaración de hechos probados de la sentencia está justificada.

Pero, antes de nada, se impone una observación. Un enunciado fáctico justificado (una prueba) puede ser una de las razones para justificar otro enunciado fáctico; es decir, puede ser usado después como enunciado probatorio para probar (justificar) otro enunciado. Desde otra perspectiva: en la justificación de un enunciado intervienen otros enunciados (ya) justificados. En el contexto judicial, la justificación que interesa es la del enunciado fáctico sobre el hecho principal; o sea, el que pone fin al procedimiento probatorio. Pero como en la justificación de ese enunciado pueden intervenir numerosos enunciados que deben, a su vez, ser justificados, la justificación de tales

⁹⁹ Esto sucede particularmente —ya se aludió a ello— cuando en el supuesto de hecho de la norma están presentes conceptos que han de ser llenados con juicios de valor; pero también sucede cuando el hecho que se pretende probar es un “hecho jurídico”. En ambos casos, el juicio fáctico se reconduce a un proceso de calificación jurídica.

¹⁰⁰ Esto es así, «en la medida en que el “juicio de derecho” nunca se refiere a una norma jurídica existente en un mundo hiperurano, sino a una norma en tanto que eventualmente aplicable a un caso concreto; y en tal aplicación existe un nexo necesario e imprescindible entre el “hecho”, tal y como resulta reconstruido, y la norma, tal y como resulta elegida e interpretada», G. UBERTIS, *Fatto e valore...*, cit., p. 74. Asoman aquí de nuevo los planteamientos de la hermenéutica.

¹⁰¹ Vid. P. COMANDUCCI, «La motivazione in fatto», cit., p. 225.

enunciados puede entenderse como una parte integrante de la justificación completa del enunciado fáctico final. La justificación de la premisa fáctica de una decisión judicial es, en suma, una cadena de justificaciones.

Puesto que justificar un enunciado fáctico es argumentar que es verdadero o probable, las razones que constituyen esa justificación son los criterios de probabilidad o aceptabilidad de la verdad del mismo. Así, del mismo modo que la justificación (externa) de la premisa normativa del silogismo judicial remite —según algunas concepciones— a un sistema normativo más amplio (un sistema moral) en el que el Derecho supuestamente debe integrarse¹⁰², la justificación (externa) de la premisa fáctica remite a un modelo epistemológico.

El modelo epistemológico adoptado es el que hemos llamado “cognoscitivism”. En este modelo los enunciados fácticos son verdaderos si los hechos que describen han sucedido y el principal criterio de verdad (y, por tanto, de justificación) de tales enunciados es la comprobación empírica (directa o indirecta). La comprobación empírica directa agotaría la justificación si todos los enunciados fácticos que deben justificarse fuesen enunciados de percepción; es decir, “constataciones”. Pero esto no es así. La mayoría de los enunciados que requieren justificación versan sobre hechos del pasado y han sido obtenidos a partir de otros enunciados a través de un proceso inferencial. En los escasos supuestos en que este proceso inferencial es deductivo, es decir, cuando su resultado son “conclusiones”, la justificación consiste en mostrar la corrección argumental y la justificación de las premisas. En la mayor parte de los supuestos, sin embargo, este proceso inferencial es inductivo, es decir, su resultado son “hipótesis” y su justificación resulta notablemente más compleja.

Los criterios de justificación de las hipótesis, o sea, las condiciones que permiten presentar como justificada la versión de los hechos que presentan, son los criterios que presiden su valoración. Por eso, si dejamos a un lado las posibles aportaciones de los modelos matemático-estadísticos de valoración de la prueba, la justificación de una hipótesis se inserta en el esquema valorativo del grado de confirmación. La afirmación de que una hipótesis se halla justificada por las pruebas quiere decir aquí no sólo que no ha sido refutada por ellas, sino también (y sobre todo) que la confirman; en definitiva, que *hacen probable la hipótesis*; más aún, más probable que cualquier otra hipótesis alternativa sobre los mismos hechos¹⁰³. La justificación de las hipótesis en términos de su grado de confirmación es, pues, una justificación

¹⁰² Planteamientos de este tipo en R. ALEXY o N. MACCORMICK; M. ATIENZA, *Las razones del Derecho*, cit., da cuenta de algunos modelos de justificación externa propuestos por distintas teorías de la argumentación.

¹⁰³ Es un error pensar que para justificar una hipótesis basta con mostrar que podemos derivar deductivamente los hechos a partir de ella; es decir, que si podemos hacer esto, también

sólo probabilística, inductiva, pues las pruebas pueden hacer más o menos probable la hipótesis, pero nunca infalible. Sin embargo, como afirma VON WRIGHT, «la inducción es la mejor manera de razonar sobre lo desconocido»¹⁰⁴.

c) La motivación de las constataciones, de las conclusiones y de las hipótesis

El criterio de la *comprobación o corroboración empírica* plantea exigencias distintas según se trate de justificar enunciados perceptuales (constataciones) o enunciados sobre hechos del pasado (conclusiones e hipótesis).

1.º La motivación de las constataciones

Las constataciones son enunciados perceptuales, es decir, enunciados sobre un hecho formulados por el juez tras la observación (la comprobación empírica *directa*) de ese hecho. Por ello, en sentido estricto, las constataciones no requieren motivación¹⁰⁵; mejor dicho, la motivación se reduce a dar cuenta de que los hechos que describen fueron efectivamente observados. Remitimos a lo expuesto sobre el particular en 12), 3.º

2.º La motivación de las conclusiones

Cuando el enunciado a justificar sea una conclusión, la motivación exige, en rigor, tres cosas. Por un lado, debe exponerse y justificarse el enunciado probatorio singular del que se parte; es decir, la premisa menor del silogismo deductivo (una constatación, conclusión o hipótesis). Por otro lado, debe exponerse y justificarse la regla universal de la que se parte (ley de la ciencia o norma jurídica); es decir, la premisa mayor del silogismo. Finalmente, debe mostrarse que el enun-

podremos derivar inductivamente la hipótesis a partir de los hechos. Esto no es tan simple: un conjunto de hechos (*p*) puede derivar deductivamente de varias hipótesis alternativas. «La inferencia inductiva se usa para otorgar a cada una de esas teorías un grado de probabilidad y luego se acepta la más probable», H. REICHENBACH, *La filosofía científica*, cit., p. 241.

¹⁰⁴ Vid. G. H. VON WRIGHT, *The logical problem of induction*, cit., p. 159, que dice seguir en esto a Ch. S. PEIRCE. No parece de la misma opinión P. COMANDUCCI, quien estima que «la lógica inductiva puede desempeñar un papel en el descubrimiento; lo que no puede desempeñar es un papel de justificación, pues la inferencia inductiva no garantiza, como la deductiva, que la verdad (o la probabilidad) de las premisas se transmita a la conclusión», «La motivazione in fatto», cit., p. 243.

¹⁰⁵ Vid. también L. GIANFORMAGGIO, «Certeza del diritto, Coerenza e Consenso. Variazioni su un tema di MacCormick», cit., p. 473.

ciado probatorio singular constituye una instancia particular del antecedente de la regla universal y que el razonamiento seguido es una inferencia deductiva válida.

Al respecto sólo dos precisiones. La primera es que el enunciado probatorio singular que constituye la premisa menor del silogismo puede ser una constatación, una conclusión o una hipótesis, por lo que su justificación habría de hacerse en cada caso como corresponda. Ahora bien, si este enunciado es una constatación o una conclusión, el valor epistemológico de la conclusión resultante será tendencialmente mayor que si se parte de una hipótesis. La segunda precisión hace referencia a la justificación de la regla universal que constituye la premisa mayor del silogismo. Cuando la regla pone en relación dos enunciados uno de los cuales es signo del otro (por ejemplo, el humo es signo de fuego, el parto es signo de embarazo previo, etc.) o cuando la regla es absolutamente indiscutible (por ejemplo, si alguien está en un cierto lugar es imposible que esté simultáneamente en otro) la exigencia de motivación es superflua¹⁰⁶, salvo que estemos dispuestos a abrazar tesis estrafalarias sobre el mundo. Cuando se trate de normas jurídicas, la justificación se cifra en un juicio de validez de la misma. Finalmente, si se trata de leyes científicas, la justificación puede resultar a veces complicada, pues la remisión a la comunidad científica no resuelve el problema cuando existen en su seno opiniones divergentes. En realidad, en estos casos, lo que sucede es que la ley científica aplicable no podrá adoptarse como una regla universal, sino sólo como una regla general, y, por tanto, los resultados de la prueba deberán considerarse hipótesis¹⁰⁷.

3.º La motivación de las hipótesis

Una hipótesis es el resultado (conjetural) de una inferencia inductiva. Una hipótesis está justificada si no ha sido refutada y es confirmada por las pruebas disponibles más que cualquier otra hipótesis. Están presentes en esta justificación tres elementos: no refutación, confirmación y mayor confirmación que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos.

¹⁰⁶ De nuevo, L. GIANFORMAGGIO, que entiende que, fuera de la prueba directa, es decir, la obtenida mediante observación empírica directa, sólo hay un caso que no necesita justificación: aquel en que la prueba no puede ser otra cosa que el signo del hecho, «Certeza del diritto, Coerenza e Consenso», p. 474. También, F. M. IACOVIELLO, «Breve viaggio all'interno della struttura della motivazione...», cit., pp. 352 ss.

¹⁰⁷ Remitimos a lo dicho sobre la admisibilidad y valor probatorio de las pruebas científicas en el epígrafe 10).b) de este trabajo.

3.º.1. *El requisito de la no refutación*

Decir que una hipótesis no ha sido refutada significa que las pruebas disponibles no se hallan en contradicción con ella. Por eso, justificar que la hipótesis no ha sido refutada supone, en definitiva, demostrar que no ha habido contrapruebas (de la hipótesis) o que las eventuales contrapruebas han sido destruidas.

3.º.2. *El requisito de la confirmación*

Decir que una hipótesis está confirmada supone demostrar que puede explicar las pruebas disponibles (indicios) porque existe un nexo causal (que es una simple ley probabilística o una máxima de experiencia) entre aquélla y éstas, que hace que, a la vista de las pruebas, la hipótesis pueda estimarse probable en un grado suficiente. Por ello, para justificar que una hipótesis está confirmada se requieren tres cosas. Por un lado, deben exponerse y justificarse las pruebas o indicios de los que se parte. Por otro lado, debe exponerse y justificarse la ley general de la que se parte¹⁰⁸. Finalmente, debe mostrarse que las pruebas o indicios constituyen una instancia particular del antecedente de esa ley general¹⁰⁹. Más en concreto, justificar una hipótesis exige: a) justificar las pruebas o indicios, que pueden ser constataciones, conclusiones o hipótesis. Si son constataciones no necesitan, en rigor, ser justificadas; si son conclusiones o hipótesis habrán de ser justificadas, a su vez, por el procedimiento pertinente. Y b) demostrar que existe un nexo causal entre la hipótesis y los indicios, de manera que éstos (justificados) hacen probable a la hipótesis en un grado suficiente; en

¹⁰⁸ Es más, para algunos el control del proceso indiciario recae, más que sobre los indicios, sobre la elección y utilización de las máximas de experiencia por parte del juez, S. C. DE MICHELE, «Indizio», cit., p. 381.

A estos efectos, es preciso tener en cuenta que las condiciones sociales y ambientales en que se desarrolla el suceso particular que se juzga puede invertir completamente la máxima que rige el caso general; y esto es importante, pues los mismos indicios, invertida la máxima, pueden conducir a inducciones opuestas respecto al caso general. Es lo que puede suceder, por ejemplo, en los procesos de mafia cuando los parientes de la víctima exculpan a los imputados de homicidio por la «costumbre criminal» que prefiere la venganza privada a la justicia del Estado (id., p. 382).

¹⁰⁹ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de prueba indiciaria recoge también esta triple exigencia de justificación: deberán señalarse, «en primer lugar, cuáles son los indicios probados y, en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal» (SSTC 175/1985, FJ 5.º, o 229/1988, FJ 2.º). Más exactamente, «los indicios han de estar plenamente probados —no puede tratarse de meras sospechas— y el órgano judicial debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión» (SSTC 229/1988, FJ 2.º, o 7/1994, FJ 8.º); es decir, se considera que no existe prueba «si no se exterioriza el nexo causal»... si éste «aparece sólo como una apreciación en conciencia, pero inmotivada» (STC 169/1986, FJ 2.º).

el bien entendido de que, a tal efecto, se trata no sólo de la consideración de cada concreto indicio, sino también de la consideración de todos los indicios en su conjunto. Recordemos, como ya señalara C. HEMPEL, que el grado de confirmación o de probabilidad de una hipótesis depende no sólo de la *cantidad* de datos favorables que la apoyen, sino también de su *variedad*¹¹⁰.

3.º.3. *El requisito de la mayor confirmación que cualquier otra hipótesis*

Pero, para poder considerar justificada una hipótesis, no siempre basta con que la misma haya superado los criterios empíricos de no refutación y confirmación por las pruebas disponibles, pues puede suceder también que otras hipótesis rivales sobre los mismos hechos no hayan sido refutadas y gocen de suficiente grado de apoyo empírico. En estos casos es necesario, además, justificar por qué una de las hipótesis explicativas en liza resulta más aceptable que la otra¹¹¹. Y esta justificación tiene que afectar incluso a la forma de estructurar el razonamiento en la sentencia, que no sólo debe dar cuenta de la racionalidad de la elección, es decir, explicar a la colectividad las razones por las que se ha elegido una hipótesis y se ha abandonado la rival, sino que también «debe reflejar la confrontación de las hipótesis»¹¹².

Ante el desamparo en el que nos dejan los criterios empíricos de no refutación y confirmación en estos supuestos, tal vez la coherencia narrativa, al modo en que la entiende MACCORMICK, pueda servir como telón de fondo de una tal justificación.

La coherencia es, ante todo, más que un criterio de verdad, un criterio de racionalidad. La *racionalidad* —dice MACCORMICK— nos exige hacer inteligible el mundo fenoménico¹¹³. Y el mundo fenoménico es inteligible porque lo consideramos explicable mediante *principios explicativos* de tipo causal y probabilístico, si se trata del mundo natural, y de tipo intencional y motivacional, tanto como causal y probabilístico, si se trata del mundo de los avatares humanos¹¹⁴. Existe coherencia o *congruencia narrativa* entre varias proposiciones (o entre una hipótesis y varias proposiciones aceptadas) si todas ellas pertenecen

¹¹⁰ C. HEMPEL, *Filosofía de la ciencia natural*, cit., pp. 58 ss.

¹¹¹ La garantía constitucional de la motivación de las decisiones comprende también este supuesto: «puede ocurrir que los mismos hechos probados permitan en hipótesis varias conclusiones o se ofrezcan en el proceso interpretaciones distintas de las mismas. En este caso el Tribunal debe tener en cuenta todas ellas y razonar por qué elige la que estima como conveniente» (STC 174/1985, FJ 5.º).

¹¹² F. M. IACOVELLO, «Breve viaggio all'interno della struttura della motivazione e della logica di un processo di parti», cit., p. 356.

¹¹³ N. MACCORMICK, «La congruenza nella giustificazione giuridica», cit., p. 129.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 127.

a un único esquema racional de explicación¹¹⁵. Por ello, el test de la coherencia *justifica* creencias y, por tanto, afirmaciones sobre hechos del pasado, pues decir que una creencia o una afirmación sobre hechos pasados es verdadera significa que es explicable dentro del mismo esquema de explicación que explica otras proposiciones consideradas verdaderas¹¹⁶.

Ahora bien, según este concepto de coherencia, hipótesis incompatibles sobre los mismos hechos pueden ser, no obstante, coherentes con un mismo conjunto de pruebas; es decir, un mismo conjunto de pruebas puede pertenecer a dos distintos conjuntos coherentes de proposiciones: uno formado por la hipótesis-1 más las pruebas y otro formado por la hipótesis-2 más las pruebas. Éste es precisamente el supuesto de dos hipótesis no refutadas e igualmente confirmadas por las pruebas disponibles; o sea, el supuesto que nos ocupa. Pero éste es también, precisamente, el ámbito paradigmático de rendimiento del test de coherencia, que funciona entonces proporcionando un criterio para *justificar* cuál de las dos hipótesis resulta más improbable: la probabilidad relativa de hipótesis incompatibles a propósito de los mismos hechos está en función del número de eventos que deban presuponerse para permitir la coherencia (entre la hipótesis y las pruebas) y de la medida en que deba recurrirse a principios explicativos auxiliares para obtener esa coherencia; la narración más coherente entre narraciones mutuamente incompatibles es la que comporta la improbabilidad más baja según este test¹¹⁷.

Considérese, por ejemplo, el caso de una prostituta que recibe a los clientes en su habitación mientras su marido está en casa. Puede pensarse (hipótesis-1) que el marido está perfectamente al tanto de la actividad de su mujer y que nunca entra a molestarla. Podría pensarse también (hipótesis-2) que el marido nunca hubiera entrado en la habitación mientras su mujer desarrollaba su actividad y que, en consecuencia, no se hubiese percatado de nada. Sostener esta segunda hipótesis exige, sin embargo, formular toda una serie de hipótesis suplementarias: que el marido nunca ha entrado en la habitación mientras su mujer estaba con otros, que jamás haya oído un ruido extraño, etc.¹¹⁸.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 128.

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 125 y 128.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 128. Realiza un extenso comentario sobre la tesis de MACCORMICK, L. GIANFORMAGGIO, «Certeza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema di MacCormick», cit., quien rechaza el rol justificador que MACCORMICK atribuye a la coherencia narrativa. Según la autora, el significado de "verdad" es la correspondencia con el mundo, con los hechos; pero allí donde esta correspondencia no puede comprobarse, el objetivo es la *certeza*. De lo que se trata es, pues, de justificar la certeza de las aserciones del *texto* y no el *mundo*. Pero no es la coherencia lo que permite justificar la certeza de las aserciones de los hechos, sino el *consenso*; más aún, la certeza se identifica con el consenso obtenido en la habermasiana situación ideal de habla. Con todo, la autora termina confesando que su opción por el consenso en vez de la coherencia no es del todo racionalmente argumentable. *Vid.*, esp. 485 ss.

¹¹⁸ Tomo el ejemplo de P. CATELLANI, *Il giudice esperto*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 121.

Según el criterio de la coherencia narrativa, resulta menos improbable, y, por tanto, más racional, la primera hipótesis.

Por lo demás, téngase en cuenta que la mayor confirmación que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos es una cuestión de grado. Cosa distinta son las exigencias institucionales que puedan existir en este punto, que pueden imponer requisitos más o menos severos para aceptar una hipótesis. La mayor o menor severidad de estos requisitos dependerá de los objetivos que se persigan y/o de los valores que estén en juego. Es decir, dependerá de la importancia que se dé «a la evitación de los dos tipos de error que pueden cometerse: rechazar la hipótesis que se está contrastando, aunque sea verdadera, y aceptarla, aunque sea falsa»¹¹⁹. Así, mientras que en los procesos civiles suele bastar con que el resultado de la prueba sea una probabilidad *preponderante*, en los procesos penales suele exigirse un resultado (probabilístico) *más allá de toda duda razonable*¹²⁰. Es indudable que esta mayor exigencia probatoria habrá de reflejarse también en la motivación de la sentencia: en estos casos, la resolución de condena sólo resultará adecuadamente justificada «si, además de apoyar la hipótesis acusatoria con una pluralidad de confirmaciones no contradichas por ninguna contraprueba, también está en condiciones de desmentir con adecuadas contrapruebas todas las contrahipótesis planteadas y planteables»¹²¹.

d) Estructura de la sentencia y estilo de la motivación

Si motivar (justificar) no consiste sólo en consignar los hechos probados, sino también y sobre todo en esgrimir las razones en las que el órgano judicial se ha basado para afirmar la existencia de los mismos, una cuestión central es la de la estructura de la sentencia y el estilo de la motivación. Y al respecto, sólo unas breves consideraciones.

La primera tiene que ver con la "estructura" de la sentencia. Buena muestra del escaso interés que se ha prestado hasta ahora al juicio de hecho es que las legislaciones procesales no han solido reservar un espacio a la motivación de la prueba. No deja de ser significativo que en un ámbito como el penal, donde la motivación de los hechos

¹¹⁹ C. HEMPEL, *Filosofía de la ciencia natural*, cit., p. 101, con referencia al discurso científico.

¹²⁰ Recordemos que distinguen estos dos modelos M. COHEN y E. NAGEL, *Introducción a la lógica y al método científico*, cit., t. II, pp. 181 ss.

Resalta también este punto C. FURNO: «la diferencia que indudablemente subsiste [entre la sentencia penal y la civil] no ha de buscarse en un criterio de esencia o de *cualidad* sino de *cantidad*. Lo penal no requiere un tipo de certeza distinto de lo civil. En ambos casos se trata de la misma certeza histórica. Pero en lo penal hay *mayor necesidad de ella*», *Teoría de la prueba legal*, cit., p. 41.

¹²¹ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 152.

adquiere una importancia máxima, el legislador haya previsto para la sentencia unos "fundamentos de derecho" pero haya obviado por completo cualquier referencia a la motivación de los hechos. Desde luego podría interpretarse que esta omisión no es muy relevante, porque no impide la inclusión de la justificación fáctica dentro del apartado de los "fundamentos de derecho". Pero, aparte de que esta interpretación no pasaría de ser un simple y "raro" remedio ante una injustificada situación legislativa, la inclusión de la motivación de los hechos dentro de la parte de la sentencia destinada a la fundamentación jurídica resulta inadecuada si se asume —como se ha sostenido aquí¹²²— la separación conceptual entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*. Si quiere dotarse a esta separación de toda su eficacia explicativa y normativa, entonces la estructura de la sentencia también debería reflejarla, previendo, junto a la motivación jurídica, una motivación fáctica¹²³.

La segunda consideración tiene que ver con el "estilo" de la motivación. Cabe diferenciar, en principio, dos grandes técnicas o estilos de motivar: uno *analítico* y el otro *holista*¹²⁴. La técnica analítica entiende que la motivación ha de estructurarse en una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, del valor probatorio que se les ha asignado y de toda la cadena de inferencias que ha conducido finalmente a la decisión. La técnica holista o globalizadora, en cambio, consiste, *grosso modo*, en una exposición conjunta de los hechos, un relato, una historia que los pone en conexión en una estructura narrativa. La celebrada y tan en boga "coherencia narrativa" es el mejor apoyo teórico de esta manera de actuar.

En la práctica judicial domina absolutamente la técnica del relato. Ciertamente que ello tal vez no obedezca a una asunción consciente y meditada del cuerpo teórico de la *narrative coherence*, pero qué duda cabe que ésta le presta a aquélla —aunque sea inconscientemente— respaldo teórico; de manera que, al final, teoría (la de la coherencia narrativa) y práctica (la jurisprudencial del relato) parecen caminar de la mano. La técnica del relato, sin embargo, presenta dos importantes deficiencias que conducen a su rechazo.

La primera es que, tal y como es puesta en práctica en la mayoría de los casos, dicha técnica en vez de aclarar confunde, pues no cobra

¹²² Vid. *supra*, apartado b) de este mismo epígrafe.

¹²³ Un tanto diferente es la opinión de P. Andrés IBÁÑEZ, quien entiende que la justificación de la valoración de la prueba puede encontrar acomodo en la sentencia en un único apartado de motivación donde se incluyeran —aunque diferenciándose— la relativa a los hechos y la relativa al derecho. Esta opción —piensa el autor— «parece técnicamente más fundada, si se tiene en cuenta que la motivación fáctica puede tener también, en ocasiones, una consistente dimensión jurídica», «"Carpintería" de la sentencia penal», cit., p. 421.

¹²⁴ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 281 ss. y bibliografía allí citada; y, entre nosotros, J. IGARTUA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., p. 189 ss., siguiendo a TARUFFO.

cuerpo en una exposición bien narrada de la "historia" de los hechos, sino «en la declaración apodíctica de ciertos hechos como "probados", siguiendo en la forma el torturado y torturador modelo de la francesa *phrase unique*, redactada en jerga impenetrable y siempre bien aderezada de gerundios»¹²⁵. Pero además —y ésta es la segunda deficiencia— la técnica del relato no sólo puede provocar confusión, sino, lo que es peor, puede ser una pantalla que escude una decisión judicial insuficientemente justificada.

En efecto, si justificar los enunciados fácticos consiste en aportar razones que permitan considerarlos verdaderos (o probables en grado suficiente) a la luz de las pruebas practicadas, no se ve qué tipo de justificación puede aportar el simple relato, es decir, una sucesión de enunciados sobre hechos probados, mejor o peor narrados. El relato presupone la verdad de los enunciados que lo componen, pero no constituye *per se* justificación de los mismos. Por lo demás, y conectado con ello, la técnica del relato está también reñida con una de las funciones básicas que cumple la motivación, y que —ya se dijo— se cifra en limitar la actividad irracional o arbitraria del juez a través de mecanismos de control sobre la misma (los recursos): difícilmente se podrá controlar la racionalidad de la decisión probatoria a través de los recursos si en la sentencia no se expresan claramente los criterios que pretendidamente la sostienen y se opta por una simple narración fáctica. «Cuando se evita —adrede o por desconocimiento— formular criterios concretos de razonabilidad, un Tribunal... se cierra la posibilidad de controlar, de forma coherente, la actividad probatoria del juez de instancia, y de rebote —pese a las apariencias— a éste se le asegura un amplísimo radio de libertad»¹²⁶. Por todo ello, si se asume la perspectiva epistemológica cognoscitivista, la técnica del relato, más propia de concepciones coherentistas de la verdad, debe ser abandonada por otra más acorde con el criterio empírico de verdad como razón justificatoria.

Si el sentido de la motivación es evitar la arbitrariedad, la motivación no puede entenderse cumplida con el simple relato, pero tampoco con la mera aportación "formal" de razones, cualesquiera que éstas sean. Motivación exige aportar razones lo bastante sólidas o convincentes para descartar la arbitrariedad¹²⁷ y, por eso, la técnica más acorde con un modelo cognoscitivista y con el sentido de la motivación es la analítica; es decir, la exposición y valoración individual y ordenada

¹²⁵ P. ANDRÉS IBÁÑEZ, «Acercas de la motivación de los hechos...», cit., pp. 288-289.

¹²⁶ J. IGARTUA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., p. 59.

¹²⁷ Vid., en este mismo sentido crítico con el entendimiento de la motivación como mero cumplimiento «formal» de aportación de razones, pero en relación con la motivación de los actos administrativos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, 1997, t. I, p. 470.

de todas las pruebas practicadas¹²⁸. Más exactamente, la motivación ha de consistir «en dejar constancia de los *actos de prueba* producidos, de los *criterios de valoración* utilizados y del *resultado* de esa valoración. Todo ello con la necesaria precisión analítica, previa a una evaluación del material probatorio en su conjunto»¹²⁹. Éste es el único estilo de la motivación que permitiría —o al menos el que mejor permitiría: a) controlar exhaustivamente la entrada en la sentencia de elementos probatorios inaceptables o insuficientemente justificados; y b) controlar todas las inferencias que componen la cadena de justificación. Y al respecto, dos precisiones.

La primera tiene que ver con el papel de la valoración conjunta en este estilo de motivación. Como ya se señaló, la valoración conjunta, tan vinculada a la técnica del relato, no constituye, por sí sola, justificación alguna; antes al contrario, es una práctica que eventualmente camufla decisiones injustificables o en cualquier caso injustificadas. Ahora bien, la técnica analítica no desprecia o prescinde de la valoración conjunta; tan sólo la priva de valor justificatorio si no va precedida de la exposición y valoración individualizada de las pruebas practicadas que, después, se valoran conjuntamente. En otros términos, en el estilo analítico «la «valoración conjunta» no viene *en lugar*, sino *después* de la valoración singularizada de los medios de prueba»¹³⁰. Por lo demás, la valoración conjunta no sólo no es despreciada, sino que cobra pleno sentido si se tiene en cuenta que la justificación de los hechos dista, por lo general, de ser algo simple. La mayoría de las veces son muchos los elementos probatorios de tipo diverso que concurren en favor o en contra de una hipótesis, y no todos tienen el mismo valor probatorio y, por tanto, justificatorio; la justificación de la hipótesis se ha de fundar entonces en la valoración conjunta de todos estos elementos. Pero es que además, en muchas ocasiones los mismos datos probatorios permiten justificar hipótesis o «historias» diferentes; en estos casos hay que confrontar esas hipótesis¹³¹, dando razones de por qué se opta por una en detrimento de otras, y este

¹²⁸ Son cada vez más numerosas las voces que reclaman este cambio de técnica de motivación. Por todos, P. ANDRÉS, «Acerca de la motivación de los hechos...», cit., pp. 288 ss., quien, además, argumenta expresamente en contra de la tesis de E. RUIZ VADILLO («Hacia una nueva casación penal», cit., p. 5685) de que, en un tribunal colegiado, no es necesaria una motivación exhaustiva de la prueba que explique la relevancia otorgada a cada concreto medio de prueba. O V. CORTÉS, quien afirma que, frente a la técnica del relato para exponer los hechos que se consideran probados, «es más lógico, y hasta más eficaz, hacer una enumeración por separado de las mismas, deslindando, en la medida de lo posible, unas de otras, pues con ello quedará la sentencia más clara», en V. GIMENO y otros, *Derecho procesal*, t. II, *Proceso penal*, cit., p. 469. Y, en general, una impugnación implícita de esta técnica subyace a las críticas a la figura jurisprudencial de la «valoración conjunta de la prueba»; remitimos a lo dicho en el epígrafe 12), 1.^o

¹²⁹ P. ANDRÉS, «De nuevo sobre la motivación de los hechos...», cit., p. 87.

¹³⁰ J. IGARTUA, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, cit., p. 143.

¹³¹ F. M. IACOVELLO, «Breve viaggio all'interno della struttura della motivazione e della logica di un processo di parti», cit., p. 356.

ejercicio de confrontación requiere justamente una valoración conjunta de todos los datos probatorios. En suma, en el estilo analítico la «valoración conjunta» cumple su papel cuando ya se ha justificado individualmente la valoración de cada prueba relevante practicada y traduce en realidad la exigencia de ponderar, de cara a la justificación final, el valor probatorio de todas esas pruebas conjuntamente consideradas.

La segunda precisión es más bien una insistencia: la motivación —como se ha dicho— debe consistir en la exposición y valoración individual y ordenada de todas las pruebas practicadas. Pero —nótese—, de *todas* las pruebas practicadas. No, por tanto, sólo de aquellas que versan directamente sobre un hecho principal, sino también de las que tienen que ver con la comprobación de un hecho secundario cuando éste constituya una premisa para establecer la verdad de un hecho principal. Y (sobre todo) no sólo de aquellas que se estimen conducentes a la decisión, sino también de aquellas otras que, de ser valoradas positivamente, conducirían a una decisión distinta¹³². Esta última insistencia no es baladí, si se tiene en cuenta que en la práctica forense no siempre se es exigente en este punto, conformándose por lo general con que la justificación verse únicamente sobre las pruebas que soportan directamente la decisión judicial. El propio Tribunal Constitucional, al establecer que la Constitución «no garantiza el derecho a que *todas* y *cada una* de las pruebas aportadas por las partes al litigio hayan de ser objeto de un análisis explícito y diferenciado», avala esta praxis¹³³, que, sin embargo, conduce a resultados perversos en materia de justificación. Y es que, ciertamente, de nada sirve exigir una justificación detallada de la decisión probatoria si luego se permite la selección, a efectos justificatorios, de las pruebas: resultará muy fácil a un juez o tribunal excluir en la motivación aquellas pruebas relevantes cuyos resultados no coincidan o contrasten con la reconstrucción de los hechos que pretende justificar¹³⁴. Por ello, si no quiere escamotearse a la motivación su sentido justificatorio, no debe rebajarse la exigencia de examinar y valorar *todas* las pruebas relevantes, y, por consiguiente, también (o sobre todo) las que no avalan la reconstruc-

¹³² En el mismo sentido, J. WRÓBLEWSKI, quien estima que la justificación debe indicar también «las razones para rechazar las demás pruebas cuya veracidad es dudosa», en «La prueba jurídica...», cit., p. 187. *Vid.* también M. TARUFFO, *Il verice ambiguo*, cit., esp., pp. 144 ss.

¹³³ Auto del Tribunal Constitucional 307/1985.

Es idéntica posición se detecta en la doctrina. Así, incluso quienes —como C. A. VARELA— frente al puro relato exigen un examen concienzudo «de cada prueba separadamente y de todas las pruebas juntas», añaden a renglón seguido que, no obstante, «los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones», *Valoración de la prueba*, cit., p. 52.

¹³⁴ *Vid.* M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., p. 446; *Id.*, *Il verice ambiguo*, cit., p. 143. Crítico también con esta praxis, J. IGARTUA, *Discrecionalidad técnica, motivación...*, cit., pp. 143-144.

ción de los hechos que se justifica: la justificación no será completa si no se justifica también por qué no se han atendido estas pruebas.

Por último, la exigencia de motivación exhaustiva que deriva del estilo analítico no puede confundirse (ni, por tanto, entenderse cumplida) con una motivación simplemente profusa. No se trata de auspiciar motivaciones extensas, prolijas, interminables, pues la "cantidad" de motivación no constituye, por sí sola, "calidad" de motivación. Es más, algunas motivaciones extensas, pero repletas de malabarismos argumentativos, de vericuetos dialécticos y, en definitiva, farragosas, no sólo resultan poco comprensibles y (al menos en este sentido) poco racionales, sino que además pueden ser una pantalla que encubra alguna arbitrariedad¹³⁵. De lo que se trata es más bien de adoptar un estilo de motivación que huya de los argumentos *ad pompam* o *ad abundantiam* y que se ciña, en cambio, a los elementos precisos para hacer racionalmente justificada y controlable la decisión: «la concisión y la completud de la argumentación no son en realidad exigencias contrastantes, y, por lo demás, la justificación que sigue rigurosos cánones de racionalidad es más completa, pero también más simple y lineal»¹³⁶. En todo caso, del mismo modo que en los últimos tiempos se ha abierto paso la necesidad de una técnica legislativa¹³⁷ que se ocupe, entre otras cosas, de una racional redacción de las leyes, sería hora de abordar una correcta técnica de motivación de las sentencias que habría de prestar una vigilancia especial al ámbito de la prueba. La falta de atención sobre este punto fundamental muestra, una vez más, que la necesidad de introducir racionalidad en el juicio de hecho sólo a duras penas va penetrando en la mentalidad de los juristas, jueces y legisladores.

ÍNDICE

	Pág.
I. EL CONOCIMIENTO DE LOS HECHOS.....	7
1) Del conocimiento mágico al conocimiento racional.....	8
2) El conocimiento racional de los hechos.....	13
a) Vicisitudes del empirismo en la epistemología moderna.....	13
1.º La confianza en la racionalidad empírica y sus dificultades	13
2.º Hacia una nueva concepción de la racionalidad empírica. La superación del problema de la inducción y la influencia de la epistemología pospositivista.....	20
b) El conocimiento de los hechos en la ciencia jurídica de los últimos siglos.....	27
1.º El modelo de la Ilustración.....	27
2.º La Ciencia y la praxis procesal postilustrada.....	33
c) Por una epistemología moderadamente realista.....	42
II. UN MODELO DE CONOCIMIENTO JUDICIAL DE HECHOS.....	47
3) El modelo cognoscitivista de fijación judicial de los hechos.....	47
a) Caracterización general del modelo.....	47
b) Las teorías coherentistas y pragmatistas de la verdad.....	53
c) El "cognoscitivismo" y la concepción semántica de la verdad.....	64
4) <i>Quaestio facti</i> : hechos externos, hechos psicológicos y juicios de valor en la formación de la premisa menor del razonamiento judicial.....	73
5) La prueba de los hechos. Terminología sobre la prueba.....	83
6) La naturaleza del conocimiento judicial de hechos.....	97
a) El problema en la "prueba deductiva".....	98

¹³⁵ De esto ya advertía P. CALAMANDREI en *Proceso y democracia*, cit., p. 130.

¹³⁶ M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, cit., p. 150.

¹³⁷ *Vid.*, a título de ejemplo, la monografía de M. ATIENZA *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997.

	<u>Pág.</u>
b) El problema en la "prueba indirecta": la naturaleza inductiva del conocimiento	101
7) El conocimiento inductivo judicial y sus diferencias con otros tipos de conocimiento inductivo.....	115
a) El conocimiento judicial de hechos como discurso "ideográfico"	116
b) El conocimiento judicial de hechos como discurso "institucionalizado".....	118
III. LA INSTITUCIONALIZACIÓN JURÍDICA DEL CONOCIMIENTO DE HECHOS	125
8) Medidas institucionales que condicionan la averiguación de la verdad	125
a) Planteamiento. Las reglas de limitación temporal y las formas de justicia negociada	125
b) Las limitaciones probatorias.....	128
c) El secreto procesal.....	134
9) El papel de las presunciones	137
a) Presunciones <i>iuris tantum</i>	138
b) Presunciones <i>iuris et de iure</i> . Diferencia con las "ficciones legales"	146
c) Presunciones <i>hominis</i>	151
10) La valoración de la prueba	157
a) La libre convicción como principio metodológico (negativo) y los criterios (positivos) de valoración.....	157
b) Los modelos probabilísticos de valoración	161
1.º El modelo matemático-estadístico.....	162
2.º Los modelos inductivos.....	173
IV. LA MOTIVACIÓN DE LOS HECHOS	189
11) El sentido de la motivación de las decisiones jurídicas	189
12) De la resistencia a la necesidad de motivar los hechos	194
a) Sentido de la motivación de los hechos.....	194
b) Funciones de la motivación de los hechos.....	200
c) La exigencia de motivación se extiende a todas las pruebas.....	202
13) El contenido de la motivación de los hechos.....	206
a) Motivación-actividad y motivación-documento. Las relaciones entre la justificación y el descubrimiento.....	206
b) La motivación de la premisa fáctica es conceptualmente distinta de la motivación de la premisa normativa	213
c) La motivación de las constataciones, de las conclusiones y de las hipótesis	218
d) Estructura de la sentencia y estilo de la motivación.....	223