

Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I)

Daniel GONZALEZ LAGIER

I. INTRODUCCION: LA FALACIA NORMATIVISTA

Quienes se dedican al cultivo de cualquier rama del conocimiento están expuestos a cometer falacias. En sentido amplio, hay muchos tipos de falacias: falacias que tienen que ver con la forma de los argumentos, falacias que tienen que ver con sus premisas, creencias falaces y hasta actitudes que pueden ser también calificadas como de falacias, si están guiadas por creencias erróneas.

En su libro *Cómo hacer cosas con palabras*¹, John L. Austin aludía a una falacia de los filósofos que no tiene que ver directamente con un argumento, sino con una actitud o un conjunto de creencias. Como es sabido, el tratamiento de los enunciados o de las oraciones por parte de la filosofía del lenguaje inmediatamente anterior a su época adolecía de un defecto de enfoque: trataba a todas las oraciones como si todas ellas expresaran proposiciones verdaderas o falsas acerca del mundo, esto es, como si todas ellas fueran descriptivas, y relegaba a una posición residual la existencia de otras funciones del lenguaje. Austin contribuyó de manera fundamental a demostrar que este error de enfoque oscurecía un amplio e importante campo de estudio para el filósofo, y calificó la actitud de los estudiosos de su época como “falacia descriptiva”.

Los teóricos del Derecho tampoco estamos exentos del peligro de incurrir en alguna falacia, y en más de una ocasión me ha parecido que, en general, la teoría del Derecho continental (y con ello me refiero tanto a la europea no anglosajona como a la latinoamericana) incurre en una falacia con cierto parecido a la denunciada por Austin. Yo la llamaría la “falacia normativista”, y consiste en actuar como si los problemas fundamentales de la teoría del Derecho fueran casi exclusivamente los planteados por las normas y los sistemas normativos: el concepto, la estructura y los tipos de normas, las características de los sistemas normativos, los aspectos dinámicos del Derecho, los problemas de interpretación, etc. son cuestiones que giran alrededor de las normas y ocupan mayoritariamente nuestra agenda. Sin embargo, hay otro núcleo de problemas, relativamente independiente del anterior, que

gira alrededor de los hechos, y cuya importancia no me parece menor. Algunos ejemplos de este segundo tipo de problemas son los siguientes: ¿Qué clases de hechos son los más relevantes para el Derecho? ¿Cómo podemos conocer estos hechos? ¿Cómo se relacionan los hechos con las normas? ¿Qué es una acción? ¿Y una omisión? ¿Cuándo hay una y cuándo varias acciones? ¿Cómo podemos determinar la existencia de una relación de causalidad entre dos sucesos? ¿Son los hechos objetivos y neutros o “están cargados de teoría”? ¿Qué consecuencias tiene esto para la prueba en el proceso? ¿Puede separarse realmente entre *quaestio iuris* y *quaestio facti*? ¿Cómo se debe argumentar en materia de hechos? ¿Cuándo está suficientemente probado un hecho? ¿En qué consiste “motivar” los hechos?

Algunos de estos interrogantes tienen relación directa con la prueba judicial de los hechos. Este es un campo donde —probablemente como una manifestación del menor interés hacia los hechos en el Derecho— se encuentran numerosos estudios sobre la regulación jurídica de la prueba, pero escasos trabajos sobre las conexiones entre prueba y epistemología². Pero si queremos un proceso justo, hemos de asegurarnos de que esté orientado al descubrimiento de la verdad, y para ello debe sujetarse a ciertos requisitos de racionalidad epistemológica.

En este trabajo quisiera ocuparme de reexaminar algunas creencias que han estado muy extendidas sobre la prueba de los hechos y que, a la luz de las aportaciones de la filosofía de la ciencia y de la lógica, parecen necesitadas de una revisión, así como de esbozar algunos criterios de racionalidad del conocimiento judicial. Estas reflexiones se referirán fundamentalmente al proceso penal, dado que en él es más evidente la conexión entre prueba y teoría del conocimiento.

² Algunas de estas excepciones son: Marina Gascon (1999); Perfecto Andrés Ibáñez (1992; 2000); Juan Igartua Salaverria (1995); Jordi Ferrer (2000). Fuera de nuestro país, Jerzy Wroblewski (1989); Csaba Varga (1995); Michelle Taruffo (1992); G. Ubertis (1979); Luigi Ferrajoli (1997); E. Fassone (1995); Paolo Comanducci (1992; 1999); etc. Este trabajo es especialmente deudor de las obras de Perfecto Andrés Ibáñez, Michelle Taruffo y Marina Gascon.

¹ John L. Austin (1990).

II. HECHOS

1. Algunas precisiones conceptuales previas

1.1. *Hechos y objetos*

"Hecho" es un término sumamente ambiguo. Algunos autores llaman "hechos" a todo aquello que existe en el mundo espacio-temporal, distinguiendo como dos tipos de "hechos" a los eventos y a los objetos³. Parece, sin embargo, que el sentido con el cual emplean los juristas la palabra "hecho" (al menos en la teoría de la prueba) es más restringido y viene a coincidir con la idea de "evento". Una noción de "hecho" como "evento" es la que asume, por ejemplo, Bertrand Russell, al definir a los "hechos" como *aquello que hace verdaderas o falsas a nuestras proposiciones o creencias*:

"Cuando hablo de un 'hecho' —no me propongo alcanzar una definición exacta, sino una explicación que les permita saber de qué estoy hablando— me refiero a aquello que hace verdadera o falsa a una proposición. Si digo 'Está lloviendo', lo que digo será verdadero en unas determinadas condiciones atmosféricas y falso en otras. Las condiciones atmosféricas que hacen que mi enunciado sea verdadero (o falso, según el caso), constituyen lo que yo llamaría un hecho. Si digo 'Sócrates está muerto', mi enunciado será verdadero debido a un cierto suceso fisiológico que hace siglos tuvo lugar en Atenas"⁴.

Si se acepta esta aproximación, entonces es obvio que los hechos y los objetos físicos son cosas distintas, porque los objetos no hacen verdaderas o falsas a nuestras creencias:

"Es preciso tener en cuenta que cuando hablo de un hecho no me refiero a una cosa particular existente, como Sócrates, la lluvia o el sol. Sócrates no hace por sí mismo ni verdadero ni falso a ningún enunciado (...) Cuando una palabra aislada alcanza a expresar un hecho, como 'fuego' o 'el lobo', se debe siempre a un contexto inexpressado, y la expresión completa de tal hecho habrá de envolver siempre una oración"⁵.

Dado que los objetos no pueden hacer verdaderas o falsas a nuestras creencias, esto es, dado que nuestras creencias no versan directamente sobre objetos (sino sobre la existencia de un objeto, o sobre la pertenencia de cierta propiedad al mismo, etc.), y dado que por medio de la prueba las partes pretenden suscitar ciertas creencias (el convencimiento) en el juez, entonces los objetos no son materia de prueba. Lo que puede probarse es la existencia de un objeto, esto es, un hecho (o, si se prefiere, la afirmación acerca de la existencia de un objeto), pero no el objeto en sí. Una pistola no pue-

de probarse, pero sí que esa pistola estaba en posesión de un sujeto.

La expresión, ya extendida, "los hechos en el Derecho", en el ámbito de la prueba, se refiere a todo aquello que puede formar parte de la premisa fáctica del silogismo judicial, esto es, todo aquello que las partes pueden tener interés en probar para tratar de suscitar una creencia en el juez.

1.2. *Hechos genéricos y hechos individuales*

Otra distinción preliminar es la que puede trazarse entre "hechos genéricos" (esto es, clases de hechos, como erupciones volcánicas, descarrilamientos de trenes, batallas o dolores de muelas) y "hechos individuales" (esto es, el hecho particular ocurrido en un momento y un espacio determinado, como la erupción del Etna en julio del año 2001, el descarrilamiento del expreso de Irún, la batalla de Trafalgar o mi dolor de muelas toda esta semana)⁶. Cuando decimos que un hecho ha sido probado, o debe ser probado, en un proceso judicial, nos referimos al segundo sentido de "hecho" ("hecho individual"). Cuando hablamos de los hechos descritos en las normas como desencadenantes de una consecuencia jurídica, nos referimos al primer sentido de "hecho" ("hecho genérico"). Lo que se debe constatar en un proceso judicial es, en primer lugar, si un "hecho individual" ha tenido lugar y, en segundo lugar, si es un caso de un "hecho genérico" descrito en una norma. El primer paso suele llamarse "prueba" de un hecho y el segundo "calificación normativa".

1.3. *Una propuesta de clasificación de los hechos en el Derecho*

Resultaría probablemente infructuoso tratar de fijar de antemano qué hechos pueden tener relevancia para la decisión judicial (probablemente, cualquier hecho, sea del tipo que sea). Pero se puede al menos ofrecer un esquema (sin ánimo de exhaustividad y, ni siquiera, de rigor conceptual, sino meramente indicativo) que sirva para hacerse una idea de la diversidad de tipos de hechos que se engloba bajo la expresión "hechos en el Derecho". Tampoco puedo detenerme a ofrecer una noción de cada uno de ellos.

A) Hechos físicos:

1. Independientes de la voluntad:

1.1. Estados de cosas ("La puerta estaba abierta").

1.2. Sucesos ("La puerta se cerró").

1.3. Acciones involuntarias: actos reflejos ("Dio un manotazo dormido") y omisiones involuntarias ("Se quedó dormido y no me despertó").

2. Dependientes de la voluntad:

2.1. Acciones positivas:

³ En la filosofía del Derecho esta es la noción que asume, por ejemplo, Rafael Hernández Marín (1998), pág. 398.

⁴ Bertrand Russell (1981), pág. 144.

⁵ Bertrand Russell (1981), pág. 145.

⁶ Esta distinción es una extensión de la que von Wright traza entre acciones genéricas y acciones individuales. Véase G. H. von Wright (1970), pág. 45.

2.1.1. Acciones intencionales ("Se compró un coche deportivo").

2.1.2. Acciones no intencionales ("Atropelló a un peatón por conducir excesivamente rápido").

2.2. Omisiones:

2.2.1. Omisiones intencionales ("Cosimo decidió no bajarse del árbol y nunca más lo hizo").

2.2.2. Omisiones no intencionales ("Olvidó cerrar el grifo de la bañera mientras cocinaba").

B) Hechos psicológicos:

1. Estados mentales:

1.1. Voliciones: Deseos ("deseaba ser rico") e intenciones ("tengo la intención de matarlo para heredar su fortuna").

1.2. Creencias ("Creía que podría envenenarlo con pequeñas dosis de cianuro").

1.3. Emociones ("Sentía una gran animadversión hacia su vecino").

2. Acciones mentales ("calculó mentalmente las consecuencias", "decidió hacerlo").

C) Relaciones de causalidad ("La ingestión de aceite de colza fue la causa del síndrome tóxico").

Además, los estados de cosas, los sucesos y las acciones y omisiones pueden ser *naturales* (cuando es posible dar una descripción de ellas sin referencia a reglas o convenciones, como en los ejemplos señalados) o *institucionales* (cuando no es posible dar una descripción de ellas sin referencia a reglas o convenciones, como "estar casado", "alcanzar la mayoría de edad" o "jugar al ajedrez")⁷.

2. La falacia objetivista

2.1. La concepción común sobre los hechos

La primera tesis que quisiera considerar —a la que llamaré la "falacia objetivista"— consiste en una imagen muy extendida acerca del mundo, seguramente asumida de manera implícita por la mayoría de los juristas. De acuerdo con esta concepción, los hechos —y, en general, la realidad— son plenamente objetivos y los conocemos porque "impactan" en nuestra conciencia. Como ha escrito Perfecto Andrés Ibáñez: "El tratamiento judicial que habitualmente reciben los hechos suele reflejar una consideración de los mismos como entidades naturales, previa y definitivamente constituidas desde el momento de su producción, que sólo se trataría de identificar en su objetividad. Lo escribió con mucha claridad Fenech, al referirse a ellos como 'esos datos fríos de la realidad'⁸. Esta concepción puede precisarse por medio de dos tesis⁹:

a) *Tesis de la objetividad ontológica*: El mundo es independiente de sus observadores. Esto es, las

cosas son como son, con independencia de lo que sabemos de ellas y de cómo las vemos.

b) *Tesis de la objetividad epistemológica*: Por medio de los sentidos normalmente tenemos un acceso fiel a esa realidad.

Para esta imagen del mundo, los hechos son datos brutos, evidentes y no problemáticos ofrecidos por la realidad. Si dudamos acerca de si un hecho ocurrió, nuestra duda se deberá a un *problema de falta de información*: si no podemos establecer la verdad de la proposición "Pedro mató a Juan" es simplemente porque carecemos de evidencias (no lo vimos o no encontramos las huellas de Pedro en el lugar del crimen). Pero si conocemos los hechos, entonces comienza el verdadero trabajo de los juristas: *Narra mihi factum, dabi tibi ius*, dice el brocardo latino.

2.2. La distinción entre hecho externo, hecho percibido y hecho interpretado y los problemas de la concepción común

Esta concepción tradicional de los hechos parece no tener en cuenta una ambigüedad importante de la palabra "hecho", que se usa indistintamente para referirse a un *hecho externo*, a la *percepción de un hecho* o a la *interpretación de un hecho*. Para deshacer la ambigüedad, llamaré *hecho externo* al hecho como acaecimiento empírico, realmente ocurrido, desnudo de subjetividades e interpretaciones; *hecho percibido* al conjunto de datos o impresiones que el hecho externo causa en nuestros sentidos; y *hecho interpretado* a la descripción o interpretación que hacemos de tales datos sensoriales, clasificándolos como un caso de alguna clase genérica de hechos. Así, no es lo mismo el hecho real de que Juan agita su brazo, la percepción que un observador tiene de ese movimiento, esto es, los datos sensoriales que tal hecho externo causa en su mente, y la interpretación que hace de esos movimientos, como un saludo, una amenaza, un aviso de algún peligro, etc.¹⁰. Pues bien: entre el hecho externo y el hecho percibido pueden surgir *problemas de percepción*, y entre el hecho percibido y el hecho interpretado, *problemas de interpretación*.

2.2.1. Problemas de percepción

Surge un problema de percepción cuando tenemos dudas acerca de si la percepción que tenemos de un hecho refleja fielmente las propiedades (o algunas propiedades) de dicho hecho, esto es, cuando nos preguntamos si nuestras percepciones son fiables. Podemos distinguir cuatro fuentes de duda acerca de la fiabilidad de nuestras percepciones:

1) *Su relatividad general respecto de los órganos sensoriales*: La primera fuente de duda tiene que ver con el hecho de que las características de nuestros órganos sensoriales condicionan la manera de percibir el mundo, por lo que no todos los animales

⁷ Sobre la distinción entre hechos naturales (o "brutos") e institucionales, véase John Searle (1980), págs. 58-61.

⁸ Perfecto Andrés Ibáñez (1992), pag. 263.

⁹ Sobre la distinción entre los sentidos ontológico y epistemológico de objetivo/subjetivo véase John R. Searle (1997), pág. 27.

¹⁰ Para una presentación más extensa de esta distinción puede verse Daniel González Lagier (2000).

tienen la misma imagen del mismo. El mundo percibido por un murciélago es probablemente muy diferente del percibido por nosotros.

2) *La posibilidad de ilusiones*: Nuestra percepción de un hecho no es un todo unitario, sino que está constituida por un conjunto de experiencias sensoriales de diversa naturaleza: visuales, táctiles, auditivas, etc. En algunas ocasiones, el conjunto de experiencias que esperamos que se refiera a un mismo hecho externo no es coherente en un determinado lapso de tiempo. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando vemos como doblado un lápiz con un extremo dentro de un vaso de agua. Si lo tocamos, podemos comprobar que el lápiz en realidad no está roto o doblado. En aquellos casos en los que las experiencias sensoriales que componen una percepción no son coherentes, se dice que sufrimos una *ilusión*.

3) *La posibilidad de alucinaciones*: En otras ocasiones, el problema de la percepción consiste en que el hecho percibido no parece corresponderse con ninguna propiedad del hecho externo. Hay algo que causa nuestra percepción, pero no es el hecho externo que creemos estar percibiendo. Esto es lo que ocurre en los casos de *alucinaciones*, como cuando ando sediento por el desierto y creo ver un oasis¹¹.

4) *La interrelación percepción-interpretación*: La percepción y la interpretación de un hecho no son procesos totalmente independientes, sino que se condicionan mutuamente. Por un lado, las interpretaciones se basan en los datos sensoriales que recibimos de los hechos pero, por otro lado, nuestra red de conceptos, categorías, teorías, máximas de experiencia, recuerdos, etc. (que constituyen un Transfondo necesario para interpretar los hechos) *dirigen* de alguna manera nuestras percepciones y actúan como criterio de selección de los datos sensoriales que recibimos. Por decirlo adaptando una imagen de Jesús Mosterín, el Transfondo es una malla con la que aprehendemos una parte de la realidad, pero otra parte se nos escurre como el agua entre las redes.

Esta dependencia de la percepción respecto de factores socio-culturales ha sido señalada por los psicólogos a partir de las investigaciones de la corriente conocida como *new look* o "teoría de los estados directivos", que han demostrado que "la percepción no depende sólo de la naturaleza de los estímulos, sino que sobre ella influyen los estados y disposiciones del organismo. Percibir no es recibir pasivamente estimulación; es seleccionar, formular hipótesis, decidir, procesar la estimulación eliminando, aumentando o disminuyendo aspectos de la estimulación. Al igual que todo proceso, la percepción resulta afectada por el aprendizaje, la motivación, la emoción y todo el resto de características permanentes o momentáneas de los sujetos"¹². Así, por ejemplo, el tamaño con el que vemos un objeto y la velocidad con la que lo reconocemos viene influido por el valor que le atribuimos.

2.2.2. Problemas de interpretación

Como ha escrito Harold I. Brown, "el simple acto de mirar a los objetos con una vista normal estimulará, sin duda, mi retina, iniciará complejos procesos electroquímicos en mi cerebro y sistema nervioso, e incluso dará lugar a algún tipo de experiencia consciente, pero no me proporcionará ninguna información significativa acerca del mundo a mi alrededor"¹³. Para captar la información *significativa* acerca del mundo externo necesitamos contrastar los datos sensoriales con los conocimientos que ya llevamos con nosotros mismos en el momento de la percepción y clasificar los datos sensoriales como un caso de uno u otro tipo de hechos. Interpretar un hecho, por tanto, es una operación cuyo resultado es la subsunción de dicho hecho individual en una clase genérica de hechos. Es necesaria una enorme red de conocimientos para realizar esta subsunción. En ocasiones, la interpretación es un proceso automático, una operación psicológica no consciente, pero en otras requiere la aplicación, o incluso la elaboración, de complejas teorías científicas, o "bucear" en los motivos, razones e intenciones profundas de un agente.

Un juez no sólo debe asegurarse de que las percepciones de los testigos —o, en general, las recogidas en los medios de prueba— son correctas, sino que también debe controlar sus interpretaciones, o bien elaborar su propia interpretación a partir de la información de los testigos, si quiere conocer lo que realmente ocurrió, si quiere *comprender* la situación. Ahora bien, este proceso de interpretación puede plantear algunas dificultades. Algunas fuentes de duda acerca de la corrección de nuestras interpretaciones de los hechos pueden ser las siguientes:

1) *La relatividad de las interpretaciones respecto del Transfondo*: En primer lugar, si la interpretación de un hecho depende de la información previa que podamos tener, entonces es un proceso que difícilmente escapa a cierta relatividad. Es obvio que no todas las culturas comparten exactamente el mismo Transfondo, y es obvio que no lo hacen ni siquiera todos los individuos de una misma cultura. Qué nos asegura que sujetos distintos, pertenecientes a distintas culturas o incluso a una misma, hagan interpretaciones coincidentes de un mismo hecho.

2) *La ausencia o vaguedad de los criterios de interpretación*: En segundo lugar, un hecho puede tener varias interpretaciones, por lo que necesitamos criterios para decidir qué interpretación es más correcta que otra, si no queremos arrojar el conocimiento a la arbitrariedad. Estos criterios no siempre existen o no siempre son claros (piénsese, por ejemplo, en las dificultades para establecer responsabilidad por acciones no intencionales, que muchas veces se deben a las dudas acerca de cómo interpretar el hecho: como una acción, intencional o no, como un acto reflejo, etc.).

3) *La dificultad intrínseca a algunas interpretaciones*: En tercer lugar, las distintas interpretaciones de

¹¹ Sobre la diferencia entre ilusión y alucinación puede verse Sanfélix Vidarte (1995), pág. 337.

¹² Eduardo Santoro (1979), págs. 78 y ss.

¹³ Harold I. Brown (1983), pág. 105.

un hecho se pueden situar en niveles distintos, cada vez más profundos. No es lo mismo interpretar un movimiento corporal como flexionar un dedo, como disparar un arma o como una venganza. En un primer nivel, las interpretaciones pueden ser evidentes, pero a medida que las interpretaciones son más profundas su complejidad aumenta, se distancian más de la mera percepción, involucran más información y su corrección depende más de la posibilidad de aportar buenas razones en un proceso argumentativo¹⁴. Además, las interpretaciones de un tipo muy relevante de hechos, las acciones intencionales, dependen en gran medida de nuestra posibilidad de llegar a cierta convicción acerca de estados mentales (y, por tanto, esencialmente privados) del agente, respecto de los cuales no tenemos percepciones directas.

Todas estas dificultades, las relacionadas con la percepción y las relacionadas con la interpretación de los hechos, constituyen escollos que el juez debe superar a la hora de valorar la prueba de los mismos. Por ejemplo, supongamos que Ticio, un testigo con credibilidad, afirma que vio a Cayo golpeando a Sempronio; el juez, antes de inferir de esta afirmación que realmente Cayo golpeó a Sempronio debe asegurarse de que Ticio no sufrió ningún error de percepción (por ejemplo, puede que en realidad no fuera Cayo el agresor, sino otro sujeto) ni ningún error de interpretación (puede que en realidad lo que estuvieran haciendo fuera sólo jugar). Pero, además, los problemas de percepción y de interpretación pueden afectar directamente al juez: es posible que el juez haya oído mal a Ticio o que interpretara mal lo que quería decir o los gestos con los que Ticio representaba lo que creyó ver. En definitiva, los problemas de percepción y de interpretación plantean un problema al juez, al menos en dos momentos: por un lado, el juez debe asegurarse de que las percepciones y las interpretaciones de los hechos que se le presentan en el proceso son correctas; por otro lado, debe asegurarse de que sus propias percepciones e interpretaciones de las acciones realizadas por las partes para probar los hechos del caso son también correctas. Dicho de otra manera: la distinción entre hecho externo, la percepción de un hecho y la interpretación de un hecho no sólo se da entre la realidad y —por ejemplo— los testigos, sino también entre las declaraciones de los testigos (u otros medios de prueba) y el juez.

3. La falacia del escepticismo

3.1. ¿*Todo es relativo*?

En ocasiones se ha sostenido —especialmente por filósofos— la falacia contraria, según la cual o bien el mundo no es en absoluto independiente de los observadores (se niega por tanto la tesis de la objetividad ontológica) o bien, siendo independiente, resulta por completo inaccesible a nuestro conocimiento, porque nuestra percepción e interpretación del mismo está cargada de subjetividad (negación de la tesis de la objetividad epistemológica).

El escepticismo filosófico radical hacia los hechos puede tener raíces muy diversas. Se puede defender, por ejemplo, aludiendo a la circunstancia de que sabemos que nuestros sentidos nos engañan en ocasiones (como cuando tenemos alucinaciones) y no tenemos la seguridad de que no lo hagan siempre: el mundo, lo que creemos percibir de él, podría no ser más que un sueño o una alucinación¹⁵. Pero el argumento que mayor repercusión ha tenido en la reciente filosofía de la ciencia, y también entre muchos juristas, ha consistido en una radicalización de lo que aquí hemos llamado problemas de interpretación. Estos autores han sostenido que el conocimiento objetivo es imposible porque los hechos que percibimos, o tal y como los percibimos, están “cargados de teoría” y son relativos a nuestros esquemas conceptuales y valoraciones. Según estas teorías filosóficas, no hay “hechos brutos” o “puros”, sino sólo “hechos teóricos”, esto es, hechos interpretados a partir de teorías y/o valoraciones. Para los más radicales, como Feyerabend, “las observaciones (los términos observacionales) no están meramente cargados de teoría (la postura de Hanson, Hesse y otros), sino que son *plenamente teóricos* (los enunciados observacionales carecen de ‘núcleo observacional’); esto es, los hechos son completamente construcciones del observador”¹⁶. Los factores que “deforman” o “impiden” nuestra percepción de la realidad pueden ser teorías y concepciones generales acerca del mundo o algún aspecto del mismo, pero también valoraciones, intereses, factores psicológicos individuales, etc.¹⁷

Esta actitud de considerar a los hechos fuera de nuestro alcance no es exclusiva de los filósofos. Entre los procesalistas existe una discusión en cuyo transcurso parece estar este mismo escepticismo (debido a que los hechos siempre están mediatizados por el lenguaje y a que los relevantes para el proceso son hechos irrepetibles del pasado). Se trata de la discusión acerca de si el objeto de la prueba (lo que se prueba en el proceso) son los hechos

¹⁴ Es pertinente aquí la distinción de Alchourron y Bulygin entre subsunción individual y subsunción genérica. La primera consiste en determinar si un hecho individual puede subsumirse dentro de una cierta categoría X; la segunda consiste en determinar si la categoría X puede subsumirse a su vez dentro de otra categoría Y. Así, por utilizar su ejemplo (que a su vez toman de Dworkin), una cosa es determinar si el contrato celebrado entre Tim y Tom pertenece a la clase de los contratos celebrados en domingo y otra cosa es determinar si los contratos celebrados en domingo son contratos sacrílegos. Decidir acerca de esta segunda cuestión conduce a una interpretación más profunda de la acción de Tim y Tom. Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin (1991), págs. 307-308.

¹⁵ Sobre un examen de este y otros argumentos escépticos, puede verse J.W. Cornman, G.S. Pappas y K. Lehrer (1990), págs. 69 y ss. También Jonatan Dancy (1993).

¹⁶ P.K. Feyerabend, *Philosophical Papers*, vol. 1, pág. x, 1981, tomo la cita de M. Bunge (1985), pág. 59.

¹⁷ Un ejemplo de la relatividad de las descripciones respecto de las teorías nos lo proporciona Claudio Pizzi: “La Tierra descendió respecto al Sol a las 6.00 del 20 de diciembre de 1990” es una descripción correcta dentro del marco de la teoría copernicana, pero no dentro del marco de la teoría tolemaica (donde habría que decir “El Sol se alzó respecto a la Tierra a las 6.00 del 20 de diciembre”). Claudio Pizzi (1992), pág. 196.

o las afirmaciones sobre los hechos. En España, una parte de la doctrina opta por esta segunda tesis, que en ocasiones se defiende de una manera tan tajante que —interpretada aisladamente— corre el riesgo de entenderse como una ruptura de la relación entre proceso, hechos y averiguación de la verdad. Las siguientes citas pueden servir de muestra:

Para Asencio Mellado, el objeto de la prueba está constituido

“no por los hechos en sí, los cuales son o no son y en consecuencia, a decir de Serra, no requieren ser probados, siendo así que, además, los hechos se caracterizan por ser fenómenos exteriores ya acontecidos, no presenciados, por tanto, por el juez ni susceptibles de volver a acaecer; el objeto de la prueba viene determinado por las afirmaciones que respecto de los tales hechos realizan las partes”.

Por ello, la finalidad del proceso penal moderno es

“la convicción judicial acerca de la exactitud de una afirmación de hecho, *convicción que no ha de girar en torno a la veracidad o falsedad del hecho base de la afirmación, ni tener como apoyo el dato de la existencia o no de tales hechos*”¹⁸.

Y para M. Miranda Estampres:

“el hecho, como fenómeno exterior al hombre, existe o no en la realidad extraprocesal con independencia del resultado de la prueba. En cambio, las afirmaciones que las partes realizan, en el marco del proceso, en relación a tales hechos sí que son susceptibles de demostración de su exactitud (...) Utilizando un ejemplo mencionado por el profesor Serra Domínguez, podemos decir que si bien es imposible probar una mesa, por el contrario si una persona afirma que existe una determinada mesa en un cierto lugar y predica determinadas cualidades de la misma, es posible, entonces, la demostración de exactitud de dichas afirmaciones”.

Y continúa:

“Por otro lado, tales afirmaciones fácticas aparecen siempre mediatizadas por el lenguaje y por los juicios de valor que vierten las partes litigantes al realizarlas. Estas no se limitan a narrar asépticamente hechos sucedidos en la realidad, sino que al formular sus alegaciones expresan una visión particular o subjetiva de los hechos que responde a una previa valoración de los mismos”¹⁹.

Pero posteriormente, tras este tipo de manifestaciones, se restablece (en mi opinión correctamente) la conexión entre hechos y afirmaciones sobre los hechos, sosteniéndose que “la convicción judicial sobre la base de la prueba emanará de un juicio de

verosimilitud de la afirmación *en relación con el hecho que constituye su fundamento*”, o que la convicción del juez es “un juicio de probabilidad, *de mayor o menor acercamiento entre la afirmación y el hecho acaecido*”²⁰.

Creo que la necesidad de este restablecimiento de la conexión afirmaciones-hechos muestra que esta tesis no puede ser llevada demasiado lejos: aunque es cierto que en el proceso se debe operar con afirmaciones sobre los hechos (al igual que ocurre, por ejemplo, con la historia), éstas afirmaciones pretenden reflejar o representar la realidad (o hacer creer que la reflejan). Una afirmación sobre hechos es verdadera cuando dichos hechos realmente ocurrieron, por lo que decir que una afirmación ha quedado demostrada o probada es decir que el juez ha quedado convencido de que los hechos descritos en ella realmente sucedieron²¹. Y esto no es óbice para que el juez se haya equivocado o para que la afirmación fuera falsa o engañosa.

3.2. *Por un objetivismo crítico*

Se han esgrimido muchos argumentos contra el escepticismo o relativismo ontológico y/o epistemológico, pero me parece que la principal objeción que se le puede dirigir es que esta postura es susceptible de una crítica similar a la que Strawson dirigió contra la tesis del determinismo que niega el libre albedrío²²: la intuición de que conocemos parte de la realidad por medio de nuestros sentidos (una parte lo suficientemente importante como para desarrollar nuestra vida) está tan arraigada en nosotros, en nuestra manera de pensar, de actuar, de relacionarnos con los demás, de comunicarnos, de construir nuestras instituciones, etc. que no sería posible imaginar un mundo en el que esa tesis fuera completamente rechazada. Hume sostenía incluso que hay algún impedimento psicológico para tomarse realmente en serio el escepticismo radical y actuar en consecuencia.

La postura que me parece más adecuada consiste en sostener un objetivismo crítico, que sea consciente de las dificultades para el conocimiento que he señalado antes, pero que no caiga tampoco en la desilusión radical acerca de la posibilidad de aprehender datos (suficientemente) objetivos de la realidad. Por ello, el objetivista crítico debe someter a los hechos a un riguroso análisis para determinar en qué medida son independientes y en qué medida construcciones del observador, así como en qué casos podemos conocerlos con objetividad.

Una herramienta fundamental para mantener esta actitud es la distinción anterior entre hechos externos, hechos percibidos y hechos interpretados:

¹⁸ José María Asencio (1989), pág. 16. Las cursivas son mías.

¹⁹ Esta es la regla general; sin embargo, existen algunos casos en los que el juez debe dar por probado un hecho, sin que crea en realidad que haya sucedido (por ejemplo, en caso de presunciones). Por ello, Jordi Ferrer entiende que probado “p” no implica una creencia del juez, sino su disposición a aceptar p (Jordi Ferrer, 2000). Pero, incluso en estos casos, la obligación de aceptar p impuesta por el Derecho se fundamenta en una presunción de verdad, esto es, de que los hechos ocurrieron.

²² Peter F. Strawson (1995), págs. 37-67.

¹⁸ José María Asencio (1989), pág. 15. La cursiva es mía.

¹⁹ M. Miranda Estampres (1997), págs. 34 y 35. Obsérvese la confusión entre objeto y hecho en el ejemplo de la mesa.

1) Los hechos externos son objetivos en el sentido ontológico, esto es, su existencia no depende del observador. Quizá no hay un argumento definitivo a favor de esta tesis, pero es un presupuesto de nuestra vida tal como la desarrollamos. Como señala Searle, es una creencia arraigada en el Transfondo de la que depende nuestra comprensión del mundo²³. Pero esta objetividad es insuficiente desde el punto de vista del conocimiento, pues no asegura que nuestro conocimiento de los hechos externos sea objetivo.

2) Los hechos percibidos son epistemológicamente subjetivos, en el sentido de que son relativos a una determinada capacidad sensorial. Pero como nuestras capacidades y limitaciones de percepción son compartidas, son características de nuestra especie, podemos convertir este defecto en virtud y hablar, no de subjetividad, sino de intersubjetividad. No es demasiado grave que nuestras percepciones sean de esta manera relativas, porque todos compartimos las mismas limitaciones. Este es el tipo de subjetividad del que habla Frank cuando advierte que hay que distinguir —entre otras— la subjetividad que deriva “de las singulares actitudes y reacciones de determinados hombres, de sus singulares perspectivas individuales”, la que deriva “de las divergentes herencias sociales de diversos grupos sociales” y “la subjetividad que proviene de las limitadas y finitas capacidades de toda la humanidad”²⁴ (las podríamos llamar, para abreviar, “subjetividad individual, “cultural” o “de especie”, respectivamente). A un observador inmerso en esa “subjetividad de especie” no tiene por qué preocuparle este último tipo de subjetividad de los hechos percibidos (salvo quizá para el conocimiento científico). Por lo que respecta a las ilusiones y alucinaciones, la posibilidad de explicación causal de las percepciones desviadas y el examen de la coherencia de los datos sensoriales dotan de cierta guía a la hora de detectarlas y decidir si dar por probado determinados hechos percibidos.

4. Los problemas de la distinción entre *quaestio iuris* y *quaestio facti*

De acuerdo con una opinión extendida entre los juristas (aunque relativizada recientemente²⁵) es posible distinguir entre los problemas relativos a la premisa fáctica del silogismo judicial (la prueba de los hechos y su calificación jurídica) y los problemas relativos a la premisa normativa (la selección de la norma relevante para resolver el caso y su interpretación). Pero si se acepta que los hechos que le interesan al Derecho no son (al menos no directamente) los simples hechos externos, sino los hechos interpretados, creo que puede argumentarse que los problemas de prueba y los problemas de calificación no son siempre independientes de las normas jurídicas.

²³ John Searle (1997), pág. 200.

²⁴ Jerome Frank (1991).

²⁵ Véase, por ejemplo, Tecla Mazzarese, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, G. Giappichelli editore, Turin, 1996, págs. 82-103.

4.1. Normas jurídicas y calificación

La calificación jurídica de un hecho es un tipo de interpretación de hechos, que se realiza desde la perspectiva de las normas jurídicas. Calificar un hecho es subsumir al hecho individual dentro de una categoría prevista en una norma jurídica. El hecho interpretado/calificado no existiría (no sería posible tal interpretación: la calificación) si no existiera la norma jurídica (que es la que crea la clase genérica de hechos en la que se subsume el hecho individual), de manera que no es posible sostener que los problemas de calificación son cuestiones específicamente de hecho. Determinar si el hecho X, una vez probado, puede subsumirse en el antecedente de la norma N es una operación que requiere comprobar si tal hecho presenta las propiedades que se indican en dicha norma, por lo que los problemas para determinar el significado de la norma se traducirán en problemas para calificar el hecho y, en definitiva, los problemas de calificación y de interpretación aparecerán entrelazados²⁶.

4.2. Normas jurídicas y prueba

A la vista de lo anterior, no es difícil conceder que la calificación jurídica de los hechos no es una operación independiente de las normas. No obstante, todavía nos quedan los problemas de prueba. Sin embargo, se han avanzado algunas objeciones, que muestran la interrelación entre las normas jurídicas y la prueba de los hechos. Las objeciones más frecuentes pueden reconducirse a alguno de estos dos argumentos:

a) El Derecho regula el procedimiento probatorio y señala qué medios de prueba pueden aceptarse, por lo que la prueba no es una actividad totalmente libre.

b) El Derecho influye de una manera más sutil en la selección de los datos fácticos que las partes y el juez tratarán de probar: Puesto que los hechos se investigan para determinar si tienen consecuencias previstas en alguna norma, es con el prisma del Derecho con el que se juzga qué hechos son relevantes para el proceso. Las normas actúan entonces como unas lentes —o teorías— que dirigen nuestra atención hacia uno u otro aspecto de los hechos²⁷.

Pero estos argumentos no me parecen tan drásticos, porque ninguno de ellos niega que la prueba de los hechos sea una operación exclusivamente empírica (aunque guiada por normas) y, en este sentido, tampoco niega que la existencia de los hechos sea independiente de las normas. Hay, sin embargo, algunos supuestos en los que me parece que la prueba de los hechos no es independiente de las normas jurídicas, en el sentido de que el hecho así interpretado no existiría sin la norma. Para comprender estos supuestos es necesario darse cuenta de dos cuestiones:

1) La calificación jurídica es un tipo de interpreta-

²⁶ Lifante Vidal (1999), pág. 130.

²⁷ Jerome Frank (1991), págs. 79 y ss. Sobre esto véase también Lifante Vidal (1999), págs. 126 y ss.

ción que no opera directamente sobre las percepciones puras de hechos externos, sino sobre hechos ya interpretados. Dicho de otra manera, la calificación jurídica suele ser un supuesto de interpretación de segundo (o tercero, cuarto...) nivel. Así, por ejemplo, no podemos calificar como injurias a la mera emisión de ciertos sonidos, sin conocer su significado y las condiciones en que se emitieron; ni podemos calificar de asesinato un mero movimiento de un dedo sobre un gatillo, sin interpretar previamente la acción a la luz de un contexto más amplio y de la intención del agente.

2) En ocasiones esa interpretación previa a la calificación jurídica depende de reglas, que pueden ser jurídicas. Esto es lo que ocurre a veces con la omisión: el hecho externo que se corresponde con la omisión es un *no hacer*, pero ese *no hacer* se interpreta como omisión en el caso de que exista una obligación (que puede ser jurídica) de realizar la acción que no se hizo²⁸. A veces se dice por ello que la omisión es un concepto normativo. En el caso de hechos como la omisión, la prueba de dichos hechos no es independiente de las normas. Podría decirse que en estos casos la prueba no es una operación que tienda exclusivamente a *descubrir* hechos, sino a *imputarlos*. Veamos esto con más detalle.

4.2.1. Normas jurídicas y prueba de los hechos jurídico-institucionales

En ocasiones hay que probar hechos como la existencia de un testamento, una relación matrimonial, un contrato de compraventa, etc. Estos son hechos jurídico-institucionales. Los hechos de este tipo consisten en determinadas interpretaciones de hechos físicos (en combinación o no con algún estado mental, como la intención) generadas por reglas jurídico-constitutivas. Su descripción no es posible por tanto al margen de dichas reglas, por lo que la prueba de los mismos debe mostrar: 1) que ciertos hechos físicos (y mentales) han tenido lugar y, 2) que existe una norma jurídica (por ejemplo, una regla que confiere poder) que correlaciona la existencia de esos hechos físicos con una determinada interpretación²⁹. 2) Es una operación semejante a la calificación jurídica (si se quiere, es un tipo de calificación jurídica, que tiene como referente no una norma regulativa, sino una norma constitutiva) y que puede ser más o menos difícil en función de la mayor o menor vaguedad de la regla constitutiva que señala la interpretación adecuada.

4.2.2. Normas jurídicas y prueba de las acciones no intencionales

De acuerdo con una extensa bibliografía acerca

de la distinción entre acciones intencionales y no intencionales, una misma acción (vista como una secuencia de movimientos corporales) puede ser intencional bajo una determinada descripción y no intencional bajo otras descripciones³⁰. Las descripciones "Edipo se casó con Yocasta" y "Edipo se casó con su madre" son descripciones (o interpretaciones) distintas de una misma acción, pero mientras la primera la presenta como una acción intencional, la segunda lo hace como una acción no intencional. Igualmente, cuando rompo un jarrón queriendo encender el interruptor de la luz en la oscuridad, los mismos movimientos corporales pueden ser interpretados como una acción intencional (intentar encender la luz) o no intencional (romper el jarrón). Si esto es así, las acciones no intencionales son interpretaciones de movimientos corporales que reúnen las siguientes características: 1) presuponen la posibilidad de interpretar la acción intencionalmente (ya que, en caso contrario, si el agente actuó sin ninguna intención, hablaríamos de acciones involuntarias o actos reflejos) y, 2) se basan en alguna consecuencia (en sentido causal, como en el caso de la rotura del jarrón, o de otro tipo, como en el caso de la identidad entre Yocasta y la madre de Edipo) de la acción del agente, no querida por él. Ahora bien, para que se hable de acción no intencional, la consecuencia debe ser relevante desde algún punto de vista: cuando atribuimos a un agente una acción no intencional, lo hacemos para establecer su responsabilidad o valorar sus méritos. No hablamos de acciones no intencionales en contextos puramente neutros, sino cuando la consecuencia es, por alguna razón, anormal: no hablamos, por ejemplo, de la acción no intencional de levantar polvo al caminar (salvo que sea relevante porque queremos ocultar nuestras huellas) o de desplazar moléculas de aire al movernos.

En definitiva, si *p* es una acción no intencional, entonces "está probado *p*" quiere decir: 1) que el agente ha realizado determinados movimientos corporales (MC) en cierto estado mental (con una intención cualquiera); 2) que ha tenido lugar determinada consecuencia no querida, y 3) que esa consecuencia es relevante desde determinado punto de vista y que se le puede atribuir al agente porque debía haberla previsto, no estaba muy alejada en la cadena causal, etc. Pues bien, cuando es una acción no intencional la que debe ser calificada jurídicamente, previamente hay que interpretarla como tal (como no intencional), y para ello hay que determinar la relevancia de alguna de las consecuencias del movimiento corporal, y, obviamente, el hecho de que tal consecuencia esté prevista en una norma jurídica le confiere suficiente importancia para que el juez acepte la interpretación no intencional de la acción. En sentido estricto, *las acciones no intencionales no se describen, se imputan*. Y si se hace desde la perspectiva del Derecho, no es posible escindir entre la decisión de imputar la acción no intencional y la selección e interpretación de la norma aplicable³¹.

²⁸ Carlos Nino (1987), págs. 95 y ss.

²⁹ Las reglas constitutivas no sólo enlazan descripciones de hechos físicos e interpretaciones, sino que también pueden enlazar interpretaciones entre sí. Por simplicidad, omito esta posibilidad. Sobre las reglas constitutivas en el Derecho véase Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (1996), págs. 58 y ss.

³⁰ Véase, por todos, Donald Davidson (1995), pág. 66 y ss.

³¹ Esto no ocurre con las acciones intencionales. "Está proba-

4.2.3. Normas jurídicas y prueba de la omisión

Algo semejante ocurre con las omisiones. De acuerdo con la concepción tradicional de la omisión, omitir no es lo mismo que no hacer una acción, sino no hacer una acción que se debía haber hecho, o sobre la cual existían expectativas de que se realizara. De manera que, cuando *p* es una omisión, “está probado *p*” quiere decir: 1) que el agente no ha realizado determinado MC; 2) que eso ha producido cierta consecuencia (en el sentido amplio de que el mundo no ha cambiado como esperábamos), y 3) que se esperaba que el agente hubiera realizado ese MC para producir el cambio ausente. 3) Es lo que marca la diferencia entre interpretar este caso como un mero no hacer o como una omisión. Esta interpretación se hace a la luz de expectativas generadas por reglas o regularidades de conducta; en el caso del Derecho, estas reglas serán jurídicas, de manera que de nuevo se desdibuja la distinción entre cuestiones de hecho (prueba) y de Derecho.

4.2.4. Normas jurídicas y prueba de la relación causa-efecto

Por último, tampoco las relaciones de causalidad, tal como interesan a los juristas, son independientes de las normas (incluidas las jurídicas). Normalmente, entendemos que la relación de causalidad es un tipo de relación que se da en la naturaleza: si calentamos un trozo de metal, éste se dilata. La dilatación de los metales con el calor se produce con una necesidad que podríamos llamar “necesidad natural” o “física”. Nos llevaría muy lejos un análisis detenido de las relaciones de causa-efecto, pero sí conviene recordar que esta manera de presentar el tema oscurece el carácter convencional y contextual de la causalidad. Como señala Feinberg, en realidad, el suceso que llamamos causa rara vez es un suceso individual y aislado, sino más bien un suceso o estado de cosas que se encuentra en conexión con otros, formando lo que se llama un “contexto causal”. Cada uno de los elementos del “contexto causal” no es por sí solo suficiente para producir el

resultado, pero en conjunción con el resto de elementos del contexto causal se convierte en condición suficiente del mismo. Así, por ejemplo, cuando decimos que la causa de un incendio fue el cigarro que arrojamos al bosque, estamos suponiendo tácitamente que están presentes otras condiciones sin las cuales el efecto no se hubiera producido (por ejemplo, la presencia de oxígeno en el aire). Si decimos que arrojar el cigarro ha sido la causa del incendio, y no decimos que la causa fue, por ejemplo, la presencia de oxígeno en el aire, es porque individualizamos este suceso como el elemento anormal en el contexto. Es la normalidad o anormalidad en el contexto lo que señala a un elemento como causa y nos permite priorizarla frente al resto de condiciones. Pero esta normalidad o anormalidad depende de las circunstancias contextuales. En un experimento científico, en el que se crean condiciones de laboratorio, la presencia no querida del oxígeno sí puede ser considerada causa de un incendio³².

De manera que hemos de distinguir entre “contexto causal” (el conjunto de condiciones que han de darse para que se produzca el efecto) y “causa” (la condición concreta que seleccionamos a la luz de criterios sociales o —en sentido amplio— normativos). Cuando el juez da por probado *p*, siendo *p* una relación entre una causa (no el contexto causal) y un efecto, está presuponiendo: 1) que *p*, junto con el resto del contexto, produce el efecto; 2) que, en ausencia de *p*, el efecto no se produce dado el mismo contexto, y 3) que *p* es el elemento anormal en dicho contexto. Para determinar (3), es obvio que el juez puede verse influido por las normas jurídicas (por ejemplo, si ha habido infracción de un deber al producir *p*). Y en este caso, no es posible afirmar que la prueba de que *p* fue la causa del resultado lesivo es independiente de normas jurídicas.

4.3. Un balance. ¿Qué queda de la distinción?

En este apartado hemos visto que la distinción tradicional que trazaban los juristas entre *quaestio iuris* y *quaestio facti* no es tan clara como parecía. La calificación jurídica opera ciertamente con hechos, pero es una operación interpretativa que no podría realizarse sin normas; y —lo que es más grave y menos evidente— la prueba también está *teñida de normatividad*, porque en muchas ocasiones el proceso de prueba no sólo consiste en la verificación de hechos externos, sino en la configuración de una determinada interpretación de los mismos (previa a la calificación). Por ejemplo, para saber si calificamos un hecho como homicidio doloso o culposo, es necesario determinar previamente si se mató intencionalmente o no intencionalmente, y esto requiere no sólo (aunque también) verificar si el acusado realizó determinados movimientos corporales que causaron una muerte, sino interpretar tales movimientos corporales. En ocasiones estas

do *p*”, cuando *p* es una acción intencional, quiere decir que se ha probado 1) que el sujeto *x* realizó cierto movimiento corporal; 2) que tuvo lugar cierta consecuencia, y 3) que esa consecuencia era lo que el agente pretendía. Probar 1) y 2) es una cuestión de cerciorarse de que realmente se han tenido determinadas percepciones y que se ha realizado una adecuada descripción de la consecuencia. Para determinar 3) es necesario interpretar los movimientos corporales. Esto es, a partir de esos movimientos corporales y las circunstancias de la acción, hemos de realizar la siguiente inferencia. “Si el agente *x* ha realizado los movimientos corporales MC en las circunstancias *C*, entonces tenía la intención de producir el cambio *Y*”. Esta inferencia se apoya en máximas de experiencia, en criterios de racionalidad, en nuestro conocimiento de las relaciones causales o convencionales adecuadas para producir el cambio *Y*, etc. Pero todos estos criterios no constituyen la intención del agente, sino que nos ayudan a descubrir cuál es ésta. La interpretación de una acción como intencional pretende descubrir un hecho psicológico, que existirá o no con independencia de esa interpretación, y, por tanto, ésta será correcta en la medida en que realmente refleje la intención del agente. En cambio, en las acciones no intencionales no se trata de descubrir, sino de decidir si atribuimos o adscribimos al agente una acción no intencional, a la luz de los criterios de atribución. Véase Daniel González Lagier (2001), págs. 145 y ss.

³² Joel Feinberg (1976), pág. 163. Ernest Nagel (1981), pág. 80. Para un resumen de algunas teorías acerca de la causalidad puede verse Daniel González Lagier, *Sobre el concepto de causa* (1994). Sobre la idea de necesidad natural, véase G.H. von Wright (1987).

interpretaciones pretenden *descubrir* alguna propiedad del hecho (por ejemplo, si hubo intención o no). Entonces podemos hablar de *interpretaciones descriptivas* y dependen de una actividad propiamente cognoscitiva, en el sentido de que para determinar la presencia o no de tal propiedad debemos “mirar al mundo”. En otras ocasiones la interpretación pretende la *imputación* de alguna propiedad (por ejemplo, la relevancia de una consecuencia o si una conducta era esperada o debida). En este caso podemos hablar de *interpretaciones adscriptivas* y no dependen de una actividad puramente cognoscitiva, en el sentido de que para determinar la presencia o no de tal propiedad no basta con “mirar al mundo”, sino que también hay que “volver la cabeza” hacia las normas³³.

Entonces ¿qué queda de la distinción entre *quaestio iuris* y *quaestio facti*? Queda algo, y todavía muy importante: Queda la prueba de los hechos externos en los que se basan las distintas interpretaciones sobre las que a su vez operará la calificación jurídica y queda la prueba de los hechos interpretados descriptivamente (y, si se quiere, se podría reservar para estos dos casos el término “prueba”, aunque yo no lo haré así en este trabajo). Pero me parece que es menos de lo que abarcaba tradicionalmente la *quaestio facti*.

¿Qué consecuencias tiene el debilitamiento (mejor: la reelaboración) de la distinción? Me parece que la consecuencia más inmediata es darse cuenta de que en la argumentación en materia de hechos se entrecruza lo puramente fáctico y lo normativo, pero sin que por ello la argumentación sobre los hechos sea indistinguible de la argumentación sobre el Derecho. Como ha escrito Paolo Comanducci, afirmar que en la motivación de los hechos se dan también juicios acerca del Derecho y viceversa no implica negar que existan diferencias entre la argumentación o motivación acerca de los hechos y acerca del Derecho. Así, mientras la argumentación sobre el Derecho trata de dar razones a favor de la conclusión según la cual una prescripción o valoración es justa (o buena, o correcta, o válida), la argumentación en materia de hechos trata de dar razones para apoyar la conclusión de que una descripción es verdadera (o probable, o verosímil, o aceptable)³⁴, o bien (habría que añadir a la definición de Comanducci), que la imputación de un hecho cuya atribución depende de normas es correcta.

De manera que el interrogante que surge es: ¿cómo se argumenta en materia de hechos?

³³ Feinberg distingue dos sentidos de “atribución de una acción”, fuerte y débil. El sentido débil hace referencia simplemente a la correlación entre una acción y un agente, esto es, se trata de contestar a la pregunta “¿quién hizo x?”; el sentido fuerte, que es el que aquí nos interesa, trata de contestar a la pregunta “¿qué fue lo que hizo el sujeto S?” y lo hace de una manera que implica un grado irreducible de discrecionalidad (no se trata de *descubrir*, sino de *decidir*), es relativa al contexto (esto es, nuestro interés en atribuir una acción u otra, depende del contexto) y es “revocable” (es decir, las atribuciones tienen un carácter *prima facie*). Joel Feinberg (1976), págs. 159 y ss.

³⁴ Paolo Comanducci (1992), pág. 224.