

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

Daniel GONZALEZ LAGIER

III. ARGUMENTOS

1. La "inferencia probatoria"

1.1. La estructura de la "inferencia probatoria"

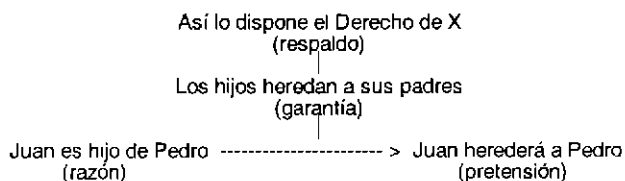
Por medio de la prueba judicial de los hechos se trata de inferir un enunciado (o un conjunto de enunciados) acerca de si ciertos hechos del pasado ocurrieron (y de cómo ocurrieron) a partir de otro enunciado (o conjunto de enunciados) acerca de otros hechos. Llamaré a los primeros "hechos a probar" y a los segundos "hechos probatorios". En este proceso se pueden distinguir (aunque probablemente sólo como método de análisis) dos fases: una primera fase consistente en el establecimiento de los "hechos probatorios" (esto es, de las premisas del razonamiento) y una segunda fase consistente en la obtención de una conclusión acerca de los "hechos a probar" partiendo de los "hechos probatorios". Lamentablemente, a ambas fases se les llama "prueba", lo que puede dar lugar a enojosas confusiones. En este trabajo me ocuparé sólo de la segunda fase, en la medida en que ambas pueden distinguirse (e insisto en que es una distinción que ha de tomarse con cautelas).

Este es un tipo de razonamiento (al que llamaré "inferencia probatoria") que los jueces comparten con otros investigadores de hechos del pasado, como los historiadores o los detectives. Para mostrar las peculiaridades de esta manera de razonar podemos recurrir a la teoría de la argumentación de Stephen Toulmin¹.

De acuerdo con este autor, toda argumentación parte de una *pretensión*, que es aquello que se sostiene, aquello que se quiere fundamentar. Si esta pretensión es puesta en duda, debe ser apoyada por medio de *razones*, esto es, hechos que den cuenta de la corrección de la pretensión. Ahora bien, en ocasiones hay que explicitar por qué las razones apoyan la pretensión, y ello debe hacerse por medio de un enunciado que exprese una regularidad que correlacione el tipo de hechos que constituye la razón con la pretensión. Este elemento fundamental de la argumentación es la *garantía*, que consiste siempre en una regla, norma o enunciado general. A su vez, la garantía puede ser apoyada con un *respaldo*, que trata de mostrar la corrección o vigencia de esa regularidad. De acuerdo con Toulmin, pretensión, razones, garantía y respaldo son elementos que deben estar presentes en toda ar-

gumentación o razonamiento, sea del tipo que sea, jurídico, científico, de la vida cotidiana, etc.

Un ejemplo:

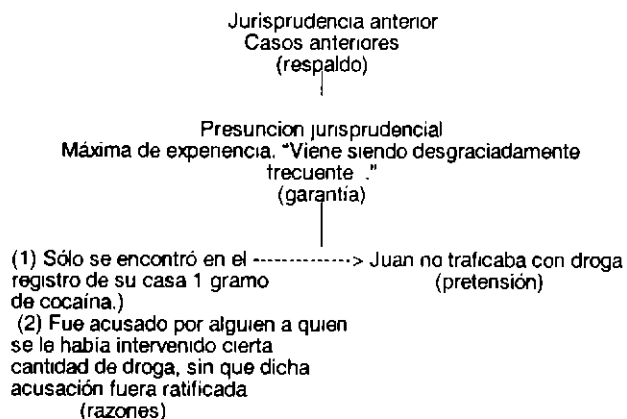


Este esquema puede ser trasladado con facilidad al razonamiento judicial en materia de hechos². Los hechos probatorios constituirían las razones del argumento; los hechos a probar, la pretensión o hipótesis del caso; la garantía estaría constituida por las máximas de experiencia y las presunciones que autorizan a los jueces a pasar de las razones a la pretensión; y el respaldo estaría configurado por la información necesaria para fundamentar la garantía.

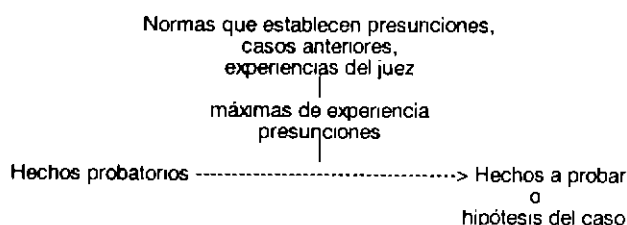
Veamos un ejemplo: Una Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 2 de noviembre de 1998 absolvió al acusado de un delito contra la salud pública de tráfico de drogas. Justificó su decisión en dos razones: 1) sólo se le había encontrado en el registro de su lugar de trabajo 1 gramo, 810 miligramos de cocaína y 2) la identificación del mismo se había hecho a partir de las manifestaciones ante la Guardia Civil de otra persona a la que se le había intervenido previamente cierta cantidad de droga, sin que dichas manifestaciones fueran posteriormente ratificadas, ni en la fase instructora ni en el juicio oral. La fuerza de estas razones deriva de dos enunciados generales: una presunción establecida jurisprudencialmente, según la cual se presume que se posee droga para el tráfico cuando la cantidad es superior a 3 gramos y una máxima de experiencia de los magistrados, de acuerdo con la cual "viene siendo desgraciadamente frecuente que la persona a la que se le interviene alguna cantidad de droga, temerosa de que se le pueda considerar vendedora de la misma, facilite la identificación de otra, diciendo que se la compró a ella, para desviar hacia ésta la investigación policial, y situándose después en paradero desconocido, para impedir la ratificación de lo dicho en el atestado policial". A su vez, cabría hacer explícito —aunque la sentencia no lo hace— el fundamento de la presunción y de dicha máxima de experiencia (lo que, en última instancia, debe descansar en la observación de casos anteriores).

¹ Stephen Toulmin, Richard Rieke y Allan Janik (1984). Sobre la teoría de la argumentación de Toulmin puede verse también Manuel Atienza (1991), capítulo cuarto, y Robert Alexy (1989).

² Manuel Atienza (1991), pág. 119.



En general, la "inferencia probatoria" tiene siempre la siguiente estructura:



Sobre la "inferencia probatoria" hay que tener en cuenta las siguientes cuestiones:

1) En los hechos probatorios, dada la conexión que existe entre prueba y normas jurídicas para algunos tipos de hechos (por ejemplo, los hechos jurídico-institucionales, pero —como hemos visto— también las acciones no intencionales o la omisión³), nos podemos encontrar no sólo enunciados acerca de la realidad natural o acerca de la existencia de convenciones sociales, sino también enunciados acerca de la existencia de determinadas normas o deberes jurídicos.

2) Los hechos probatorios (si vamos más allá de lo que en sentido estricto sería la inferencia final en el proceso de prueba) pueden ser a su vez el resultado de otra inferencia del mismo tipo, de manera que en realidad la prueba puede consistir en el encañamiento de varias inferencias sustancialmente análogas. Así, del hecho de que Ticio *afirma haber visto* cómo Cayo golpeaba a Sempronio en una refriega (hecho probatorio) inferimos (si concedemos credibilidad a Ticio) que Ticio *vio* (o *creyó ver*) cómo Cayo golpeó a Sempronio (hecho probado); y del hecho de que Ticio *viera* a Cayo golpear a Sempronio (hecho probatorio) inferimos (una vez eliminados los posibles problemas de percepción e interpretación) que Cayo *golpeó* realmente a Sempronio, y de este hecho podemos inferir que Cayo es el responsable de las lesiones de Sempronio.

3) La garantía está constituida (a) por máximas de experiencia —que pueden ser (a.1) de carácter científico o especializado, como las que aportan los peritos; (a.2) de carácter jurídico, como las derivadas del ejercicio profesional del juez; o (a.3) de carácter privado (*experiencias corrientes*), esto es, derivadas de las experiencias del juez al margen

del ejercicio de su profesión— o (b) por presunciones, que pueden ser establecidas legal o jurisprudencialmente. Las máximas de experiencia y las presunciones cumplen una función semejante en la inferencia probatoria y tienen parecida estructura: ambas pueden verse como enunciados condicionales del tipo "Si X, entonces probado (en el caso de las presunciones) o probable (en el caso de las máximas) Y". X puede ser un hecho o conjunto de hechos (o propiedades de hechos), entre los que se puede incluir la ausencia de prueba en contrario. La diferencia entre presunciones y máximas de experiencia es que las presunciones son enunciados revestidos de autoridad.

4) El respaldo está constituido por todo aquello que permite apoyar las máximas de experiencia o las presunciones: casos anteriores, las experiencias propiamente dichas de las que se infiere la máxima de experiencia, las normas que establecen las presunciones (o las experiencias que permiten fundamentarlas), etc.

1.2. La validez de la "inferencia probatoria"

1.2.1. Cuatro formas de argumentos:

*Deducción, inducción ampliativa,
inducción probabilística y abducción*

Podría pensarse que la validez que concedamos a la inferencia probatoria depende de cómo la clasifiquemos dentro de los tipos de argumentos que distinguen los lógicos. Estos suelen trazar una gran división entre argumentos deductivos y argumentos inductivos. Una manera —aunque no la única⁴— de trazar la división consiste en definir la deducción como un tipo de razonamiento en el que la verdad de las premisas entraña la verdad de la conclusión, mientras que la inducción agrupa a los razonamientos en los cuales la verdad de las premisas no entraña la verdad de la conclusión, pero es una razón para aceptarla⁵. Si se define a la inducción de esta manera, dentro de los argumentos inductivos podemos distinguir —entre otros tipos— a) la inducción ampliativa, o inducción en sentido estricto; b) la inducción probabilística; y c) la abducción o retroducción. Veamos algo más acerca de estas formas de razonamiento:

a) Deducción: La deducción (vista como silogismo subsuntivo, que parece ser una de sus formas básicas) es la forma de razonamiento apropiada cuando conocemos una *regla* (en el sentido de un enunciado general que correlaciona una clase de individuos con una clase propiedades) y un caso subsumible en la regla, y queremos inferir un *resultado*. Los argumentos deductivos se caracterizan porque, dada su forma o estructura, no es posible —sin incurrir en una contradicción— afirmar las premisas y negar la conclusión; dicho de otra manera, la verdad de las premisas garantiza la verdad de la conclusión (en realidad, porque la información contenida en la conclusión no va más

³ Daniel González Lagier, *Los hechos bajo sospecha (Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial)*, en *Análisis e diritto*, Génova, 2000.

⁴ Alfonso García Suárez (1984), pags. 12 y ss

⁵ Alfonso García Suárez (1984), pág. 13

allá de la que ya teníamos en las premisas). Esto no quiere decir que las premisas no puedan ser falsas (y también la conclusión), desde un punto de vista material (de acuerdo con su correspondencia con la realidad, por ejemplo). Lo único que quiere decir es que si las premisas fueran verdaderas, dada la estructura del argumento, la conclusión sería necesariamente verdadera. De manera que la lógica deductiva nos ofrece esquemas de razonamiento que nos conducen a conclusiones fiables, siempre que estemos seguros de las premisas de las que hemos partido.

Dado que los argumentos deductivos no contienen más información en la conclusión de la que ya disponíamos en las premisas, no sirven para aumentar nuestro conocimiento, pero sí son útiles para presentar de una manera clara la justificación de una decisión o para mostrar cómo se aplican ciertas propiedades generales a casos particulares.

Un ejemplo de argumento deductivo sería el siguiente:

Todos los cuervos son negros.	(regla universal)
X, Y y Z son cuervos	(caso)
X, Y, y Z son negros	(resultado)

b) Inducción ampliativa (o en sentido estricto): Los argumentos inductivos en sentido estricto son apropiados cuando conocemos una serie de casos y resultados (de acuerdo con la posición que ocuparían en el silogismo subsuntivo) y queremos extraer la regla que correlaciona unos con otros. En los argumentos inductivos extraemos una premisa de carácter general a partir del examen de una serie limitada de supuestos particulares, de manera que la conclusión siempre va más allá de las premisas. En una inducción siempre hay un "salto" de las premisas a la conclusión, por lo que la verdad de unas no nos garantiza la verdad de la otra. La conclusión de una inducción bien construida podrá ser más o menos probable, pero nunca será infaliblemente verdadera.

La inducción tiene relación con dos sentidos distintos de "probabilidad"⁶:

a) Por un lado, la conclusión de una inducción no se infiere con total certeza de las premisas, sino con cierta probabilidad. Esto es, si las premisas son verdaderas, la conclusión será probablemente verdadera. Aquí la expresión "probablemente" puede ser sustituida por "razonablemente". A este sentido de probabilidad podemos llamarlo "probabilidad inferencial", y hace referencia al grado de apoyo que las premisas prestan a la conclusión, esto es, al grado de credibilidad racional de la conclusión.

b) Por otro lado, la conclusión de una inducción puede expresar una ley o regularidad estrictamente universal, sin excepciones, que correlacione todos los supuestos de un caso con determinadas propiedades (como "todos los cuervos son negros" o "todos los metales se dilatan con el calor"), o una ley probabilística ("Aquellos que convivan con un enfermo de sarampión, probablemente enfermarán").

A este segundo sentido de probabilidad podemos llamarlo "probabilidad causal", dado que hace referencia a una correlación causal (que admite excepciones) entre dos acontecimientos (la exposición al contagio y la enfermedad).

Las leyes estrictamente universales obtenidas por inducción son probables en sentido inferencial; las leyes probabilísticas obtenidas por inducción son probables en sentido inferencial y en el sentido causal. El enunciado "aquellos que convivan con un enfermo de sarampión probablemente enfermarán" es probabilístico en sentido inferencial (es el resultado de una inducción) y en el sentido causal (si queremos hablar con total precisión, deberíamos decir "probablemente es verdad que aquellos que convivan con un enfermo de sarampión probablemente enfermarán").

No obstante, ambos sentidos de "probabilidad" se entrecruzan, y puede ser difícil distinguirlos. En general, si se trata de una relación entre enunciados (premisas y conclusión), podemos hablar de "probabilidad inferencial" o "grado de credibilidad", mientras que si se trata de una relación entre eventos (o clases de eventos), podemos hablar de "probabilidad causal". Pero obsérvese que, por un lado, la probabilidad causal, expresada en leyes probabilísticas, es conocida por medio de un argumento inductivo (por lo que también está sujeta a un mayor o menor grado de credibilidad racional); y, por otro lado, si usamos una ley probabilística como premisa de un argumento, sólo podemos inferir la conclusión con cierta probabilidad inferencial.

Se ha dicho que toda la ciencia descansa en inducciones a partir de la observación de la realidad⁷, y dado que las conclusiones de una inducción nunca son necesariamente verdaderas, entonces se sigue que nuestro conocimiento nunca es necesariamente verdadero, sólo verdadero por aproximación. Por ello a la inducción se le ha llamado "la gloria de la ciencia" y "el escándalo de la filosofía"⁸. Ahora bien, mientras nuestras inducciones permitan el desarrollo de la ciencia y la técnica (es decir, nos permitan comprender el mundo, predecir sus cambios y desarrollar instrumentos para controlarlo) sin haber sido refutadas, seguiremos fiándonos de ellas.

Un ejemplo de inducción es el siguiente:

X, Y, y Z son cuervos	(caso)
X, Y y Z son negros	(resultado)
Todos los cuervos son negros	(regla)

c) Inducción probabilística: Hemos visto que las reglas generales que podemos obtener por inducción ampliativa pueden ser universales o probabilísticas. Si son universales, podemos construir con ellas deducciones, subsumiendo el caso en la regla universal. Obtenemos de esta manera un resultado que será necesariamente

⁷ Y esto puede afirmarse tanto de las ciencias nomotéticas (como la física o la química), que se ocupan de la formulación y verificación de leyes y teorías acerca del mundo, como de las ciencias ideográficas, que se ocupan de la averiguación de hechos individuales e irrepetibles (como la historia), porque éstas últimas requieren también de generalizaciones que aplicar a su objeto de estudio.
C.D. Broad, *The Philosophy of Francis Bacon*, Cambridge, 1926. Tomo la cita de Alfonso García Suárez (1984), pag. 11

⁸ Estos dos sentidos, aunque con diferente terminología, pueden encontrarse en Carl Gustav Hempel (1973), pags. 93-106.

verdadero (si las premisas lo son). Pero si son probabilísticas, al subsumir el caso en ellas no obtenemos un resultado cuya verdad esté garantizada por las premisas, sino meramente probable. Hempel considera a este tipo de razonamiento una inducción, a la que llama *explicación probabilística*⁹. Imaginemos que hemos descubierto que algunos cuervos, sometidos a determinados experimentos de laboratorio, cambian de color y se vuelven blancos, de manera que lo que era considerado un enunciado estrictamente universal ("todos los cuervos son negros") pasa a enunciarse como una regla probabilística ("si x es un cuervo, probablemente es negro"). Entonces el siguiente argumento sería un ejemplo de inducción probabilística:

si x es un cuervo, probablemente es negro x es un cuervo	(regla probabilística) (caso)
x es negro.	(resultado)

Ahora bien, en opinión de Hempel, aunque la primera premisa de esta inferencia expresa una probabilidad causal, la conclusión se sigue con una probabilidad inferencial (puesto que aquí estamos operando con enunciados y no con eventos)¹⁰.

d) Abducción: Cuando conocemos la regla y el resultado, podemos inferir el caso por medio de una abducción. En la abducción razonamos tratando de inferir un hecho particular a partir de otro hecho que conocemos y de una regla (universal o probabilística) que suponemos correcta. Tampoco obtenemos de esta forma una conclusión necesariamente verdadera (ni siquiera cuando la regla es universal), sino sólo una convicción que puede ser más o menos razonable.

Un ejemplo de argumento abductivo sería el siguiente:

X, Y y Z son negros Todos los cuervos son negros	(resultado) (regla)
X, Y y Z son cuervos	(caso)

Los argumentos abductivos, como el del ejemplo anterior, desde el punto de vista de la lógica deductiva constituyen falacias (en concreto, la falacia de la afirmación del consecuente). Sin embargo, tienen cierta fuerza que deriva de su potencialidad explicativa: en el ejemplo anterior, lo que concede fuerza al razonamiento es que la verdad de dicha conclusión explicaría por qué X, Y y Z son negros¹¹.

En definitiva, podemos resumir las diferencias entre estos argumentos como sigue:

Deducción	Inducción probabilística	Inducción ampliativa	abducción
Regla universal caso	Regla probabilística caso	caso resultado	resultado regla
resultado	resultado	regla	caso

1.2.2. El carácter probabilístico de la inferencia probatoria

1.2.2.1. La conclusión de una "inferencia probatoria" del tipo de las que tienen lugar en el proceso judicial ha de ser un enunciado sobre un hecho particular. Por ello, de los cuatro tipos de razonamiento analizados anteriormente, hemos de descartar la inducción ampliativa (aunque, como veremos, ésta tiene gran relevancia para su validez). Algunos autores han sugerido que la abducción es la que mejor representa la manera de razonar del juez, pero quizá la discusión sobre cuál es la mejor forma de representar la inferencia probatoria sea estéril (y muchas veces basada en una confusión entre esquemas lógicos de justificación y esquemas que representan procesos mentales de razonamiento). Una manera adecuada es ver la inferencia probatoria como una inducción probabilística¹². Por ejemplo:

- Si alguien posee una cantidad de droga inferior a x gramos, entonces (probablemente) no trafica con ella.
- Si alguien es acusado de comerciar con droga por alguien a quien se le ha intervenido cierta cantidad y esta acusación no es posteriormente ratificada (probablemente) no trafica con droga.
- El acusado poseía una cantidad inferior a x gramos.
- El acusado fue denunciado por alguien a quien se le ha intervenido cierta cantidad y esta acusación no fue posteriormente ratificada.

El acusado no traficaba con droga.

1.2.2.2. Se construya de una manera u otra, la conclusión de una inferencia probatoria no puede ser una certeza absoluta (es decir, siempre será probable, en el sentido de grado de credibilidad), por alguna o algunas de las siguientes razones:

1) Si la inferencia probatoria se reconstruye como una inferencia deductiva, dado que no podemos estar absolutamente seguros de que las premisas sean verdaderas, tampoco podemos asegurar que lo sea la conclusión, en el sentido de correspondiente con la realidad¹³.

2) Si la inferencia probatoria se reconstruye como una inducción (en sentido amplio), además, el paso de las premisas a la conclusión no es necesario.

La consecuencia de uno u otro tipo de probabilidad es, a los efectos que nos interesan, la misma: la falta de certeza absoluta acerca de si la conclusión de la inferencia probatoria se corresponde con lo que ocurrió en la realidad. Como señala Max Black, el uso en el lenguaje ordinario de "probablemente" tiene —entre otras— las siguientes propiedades (que asumo con cierta libertad)¹⁴:

a) "Probablemente" está semánticamente relacionado con "posiblemente" y "con certeza", de la siguiente manera: "probablemente" implica "posiblemente" y excluye "con certeza": "lo que es probable, ni es seguro ni imposible".

b) Podemos distinguir entre la fundamentación o

⁹ Carl G. Hempel (1973), págs. 91 y ss.

¹⁰ Carl Gustav Hempel, *Filosofía de la ciencia natural*, pág. 103.

¹¹ Para un análisis en profundidad de la abducción, véase Pablo Raul Bonorino, *Sobre la abducción*, en *Doxa*, Alicante, num. 14, 1993, págs. 207-237.

¹² Me parece que una manera equivalente de ver este razonamiento es la de Pablo Bonorino (1999), págs. 15-23, que reconstruye estos argumentos como deducciones, tratando las máximas de experiencia como condicionales derrotables.

¹³ Sólo en el caso de verdades analíticas podemos estar absolutamente seguros de la verdad de las premisas.

¹⁴ Max Black (1984), págs. 89 y ss.

justificación de un juicio de probabilidad y su éxito. Cuando un juicio de probabilidad se usa para predecir un acontecimiento, podemos decir, *a priori*, que está fundado (si está bien basado en la evidencia) y, *a posteriori*, que tuvo éxito (si el acontecimiento predicho ocurre). De la misma manera, en los juicios de probabilidad sobre hechos pasados (como la conclusión de la inferencia probatoria) también podemos distinguir entre su justificación y su corrección o verdad, pero no podemos confirmar esta segunda propiedad al margen del apoyo que le presta la primera, porque el pasado “está cerrado”.

c) La probabilidad es graduable. Podemos decir que un acontecimiento es (o ha sido) bastante probable, muy probable, casi seguro... o poco probable. En contextos especiales, podemos cuantificar matemáticamente esta probabilidad.

d) “Probablemente se extraerá una bola negra” implica, con mayor o menor fuerza (salvo en el caso de “poco probable”), “se extraerá una bola negra”, en el sentido de que es absurdo decir “probablemente se extraerá una bola negra, pero no se extraerá una bola negra”. De la misma manera, constituye algún tipo de contradicción decir “probablemente Pedro mató a Juan, pero Pedro no mató a Juan”. Ahora bien, dada la relevancia de la decisión judicial, el juez no debe actuar como si Pedro hubiera matado a Juan salvo que la verdad de esta afirmación le parezca “muy probable”.

A la luz de las anteriores consideraciones, parece claro que la certeza absoluta no puede exigirse como requisito necesario de la decisión judicial; por ello, ciertas afirmaciones y distinciones de la doctrina procesalista se muestran como formas poco apropiadas y confusas de referirse a la conclusión de la inferencia probatoria. Por ejemplo, cuando se afirma que la finalidad de la prueba es el convencimiento pleno del juez, si *convencimiento pleno* equivale a total y absoluta seguridad¹⁵. Como hemos visto, la conclusión de la inferencia probatoria es siempre probable, y si el juez llega a una conclusión “probable” no puede lógicamente (aunque sí psicológicamente¹⁶) “estar seguro” de ella (aunque sí “casi seguro”, y eso es lo que hay que exigir)¹⁷. También es inapropiado distinguir entre prueba plena (o perfecta) y semiplena (o imperfecta) diciendo que mediante la primera se alcanza “la plena o total convicción de la realidad de los hechos” y con la segunda meramente “una simple probabilidad o

verosimilitud”¹⁸ (pues mediante la prueba sólo alcanzamos conclusiones probables). Y, por último, tampoco tiene sentido decir, como hacen otros autores, que no existe la prueba semiplena porque —en palabras de Sentís Melendo— “la prueba es total y plena, o no es nada”¹⁹; o que “no existe una mayor o menor convicción judicial, o se alcanza o no se alcanza”²⁰. Este tipo de opiniones, al ocultar que el convencimiento es una cuestión de grado, constituyen una falacia, y es preferible entender —como hace Asencio Mellado, entre otros— que la convicción del juez no puede entenderse “en términos de certeza absoluta, sino únicamente de probabilidad; se trata, pues, de un juicio de probabilidad, de mayor o menor acercamiento entre la afirmación y el hecho acaecido, y en tanto tal hecho no es conocido y es hecho pasado, la probabilidad ha de ser medida en términos de verosimilitud”²¹.

Por todo lo anterior lo que resulta relevante para nosotros no es tanto la *validez* de la inferencia probatoria, si se entiende como una propiedad todo o nada, sino su *solidez*, entendida como una propiedad graduable, como su mayor o menor capacidad de generar la convicción del juez. ¿Cómo podemos valorar dicha solidez?

2. La valoración de la prueba

2.1. La falacia de la “íntima convicción”

2.1.1. La “íntima convicción”

¿Cuándo un hecho está lo suficientemente probado como para justificar la decisión judicial fundada en él? ¿Con qué criterios contamos para valorar la solidez de la inferencia probatoria? Estos son interrogantes que se le plantean recurrentemente al Derecho procesal. Históricamente se han dado dos respuestas, referidas al proceso penal: por un lado, el sistema de prueba legalmente tasada, de acuerdo con el cual “era el propio legislador quien de antemano y con carácter abstracto establecía en las normas legales la eficacia y el valor que debía atribuirse a cada medio probatorio, así como los requisitos y condiciones necesarios para que tales medios alcanzasen el valor que legalmente se les concedía”²²; por otro lado, el sistema de libre apreciación de la prueba, de “apreciación en conciencia” o de “íntima convicción”, de acuerdo con el cual el juez es *libre* para decidir cuándo un hecho ha sido suficientemente probado, sin restricciones impuestas por reglas legales de valoración de la prueba. Pero este segundo sistema permite entender la expresión “el juez es libre” de una manera más o menos amplia: desde la libertad absoluta, que incluye la arbitrariedad o la irracionalidad, hasta la libertad limitada a la razón, al

¹⁵ Esta es la opinión, sin embargo, de un sector de la doctrina, como pone de manifiesto M. Miranda Estampres (1997), págs. 56 y ss.

¹⁶ Pero eso no es suficiente. Como señala Daniel Mendonça, “la convicción [psicológica] es una cuestión subjetiva que varía de persona en persona y, con frecuencia, en la misma persona de tiempo en tiempo; consiguientemente, ella no puede servir como condición necesaria ni suficiente para determinar la corrección de juicios probatorios”. Daniel Mendonça (1997), pág. 74.

¹⁷ Pablo Raúl Bonorino (1999, págs. 15-23) llega a una conclusión similar, aunque por otra vía (considerando que la relación entre el antecedente y el consecuente de las máximas de experiencia aplicadas por el juez es un condicional derrotable). La afirmación de que la verdad procesal es una verdad probable es bastante común entre quienes se han ocupado de este asunto desde una perspectiva filosófica. Recorre todos los trabajos sobre los hechos en el Derecho de autores como Perfecto Andrés Ibáñez, Luigi Ferrajoli, Marina Gascón, Paolo Comanducci, Michelle Taruffo, etc.

¹⁸ Tomo las definiciones de M. Miranda Estampres (1997), pág. 52, quien, no obstante, rechaza esta distinción, por considerar que la prueba semiplena no es prueba.

¹⁹ De nuevo tomo la cita de M. Miranda Estampres (1997), *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, quien comparte esta opinión con Mittermaier, Humberto Rodríguez, Montero Aroca, etc.

²⁰ M. Miranda Estampres (1997), pág. 225.

²¹ José María Asencio Mellado (1989), pág. 16.

²² M. Miranda Estampres (1997), pág. 109. Sobre los dos sistemas de valoración y sus implicaciones véase también José María Asencio Mellado (1989), capítulo II.

buen juicio o a un procedimiento racional de investigación sobre los hechos.

Como ha señalado Ferrajoli, la primera de estas interpretaciones —la absoluta libertad del juez para valorar la prueba— ha dado lugar a “una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales”²³. El principio de libre valoración de la prueba, o de íntima convicción, surgido como una reacción frente al sistema de prueba tasada, no se entendió meramente como una liberación de las reglas legales de valoración, sino como la liberación de *toda regla*, incluidas las de la lógica o las leyes científicas. Dos ejemplos de esta doctrina, tomados del Derecho español²⁴:

“(…) para el descubrimiento de la verdad, no debe sujetarse el criterio judicial a reglas científicas, ni a moldes preconcebidos y determinados por la ley, sino más bien debe fiarse al sentido íntimo e innato que guía a todo hombre en los actos importantes de la vida” (memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1983).

“Los tribunales apreciarán las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y las declaraciones o manifestaciones del acusado o imputado en conciencia, es decir, no ya sin reminiscencias de valoración tasada o predeterminada por la ley —sistema felizmente superado— o siguiendo los dictados o reglas de la sana crítica o de manera simplemente lógica o racional, sino de un modo tan libérrimo y omnímodo que el juzgador, a la hora de apreciar los elementos probatorios puestos a su disposición, no tiene más freno a su soberana facultad valorativa que el de proceder a ese análisis y a la consecutiva ponderación con arreglo a su propia conciencia, a los dictados de su razón analítica y a una intención que se presume siempre recta e imparcial” (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1978).

Esta manera de entender la apreciación de la prueba trae consigo dos consecuencias: a) la valoración de la prueba corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales de primera instancia, porque ante ellos se desarrolla la actividad probatoria, y además b) éstos no están obligados a manifestar las razones que le llevan a formar su íntima convicción, porque ésta, “al constituir solamente un estado de conciencia, escapa al control casacional” (STS de 2 de febrero de 1976). Por tanto, no tiene sentido motivar los hechos, esto es, no tiene sentido desarrollar una argumentación para justificar por qué la prueba se ha considerado suficiente.

2.1.2. *La teoría del conocimiento subyacente a la doctrina extrema de la “íntima convicción”*

Hay varias maneras de enfrentarse a esta doctrina. Una primera línea de crítica tiene que ver con objeciones de tipo ideológico, que traten de mostrar

las consecuencias negativas que tiene para las garantías en el proceso y el alto grado de arbitrariedad que permite. La otra vía recurre a objeciones basadas en lo que podríamos llamar racionalidad epistemológica, es decir, se trata desde esta perspectiva de cuestionar que la teoría del conocimiento que hay detrás de la doctrina de la “íntima convicción” (entendida de manera extrema) sea una teoría adecuada. Daré por supuesta mi posición respecto a la crítica ideológica y me centraré en la segunda línea de ataque.

Lo que se pretende en el proceso con la actividad probatoria es averiguar la verdad de (enunciados acerca de) ciertos hechos. Como hemos visto, “averiguar la verdad” no puede querer decir encontrar una verdad absoluta, sino una verdad (como ocurre siempre con la verdad empírica) con un grado de probabilidad suficientemente razonable. El procedimiento probatorio debe diseñarse de manera que facilite esa finalidad, con las limitaciones que se puedan introducir por otro tipo de razones; y la valoración de la prueba debe guiarse también por esa misma finalidad.

Por tanto, la doctrina de la íntima convicción podría estar justificada si estuviera basada en una teoría del conocimiento que fuera la más adecuada para la averiguación de la verdad. Pero es difícil sostener esta conclusión: La concepción epistemológica subyacente a esta doctrina viene a decir que el método más fiable para conocer los hechos consistiría en procurar que el sujeto cognoscente llegue a estar convencido de los mismos *sea como sea el razonamiento por el que llegue a ese convencimiento*. Esto tiene implicaciones tan asombrosas como que, en ocasiones, el conocimiento puede ser más fiable si, por ejemplo, se deja de lado el principio lógico de no contradicción que procurando ser coherentes.

Me parece que una teoría del conocimiento que introdujera esta amplísima libertad de valoración de las pruebas sólo podría sostenerse si se mostrara que es correcta alguna de estas alternativas:

1) Los hechos son tan objetivos que su conocimiento no requiere ningún tipo de razonamiento por parte del juez, sino que “impactan” directamente en su conciencia. Pero ya hemos visto que esta creencia constituye la falacia objetivista.

2) El conocimiento de los hechos sí exige un razonamiento que sopesa los datos a favor y en contra de una hipótesis, pero éste es tan complejo y opera con tantas variables que es imposible dar criterios para controlarlo. Dicho de otra manera: no puede indicarse ningún tipo de criterios de racionalidad epistemológica. Esta afirmación es falsa, como trataré de mostrar en el siguiente apartado.

3) La racionalidad epistemológica aplicable al conocimiento judicial de los hechos es de un tipo peculiar. Por tanto, el razonamiento que ha de hacer el juez es distinto del razonamiento que realizan el resto de sujetos que se ocupan del conocimiento de la realidad, esto es, de los científicos, detectives, historiadores, etc., y su peculiaridad hace que —a diferencia de los demás— no deba estar sujeto a ninguna regla a la hora de valorar la prueba. Se ha

²³ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, pág. 139.

²⁴ Tomo las citas de M. Miranda Estampres (1997), pág. 112.

sugerido muchas veces el paralelismo entre la actividad cognoscitiva de los jueces y la de los historiadores: por un lado, tanto los jueces como los historiadores están interesados en sucesos del pasado, irrepetibles (a diferencia, por ejemplo, de los físicos o químicos, que tratan de conocer leyes o teorías generales), lo que deja fuera la experimentación como método de descubrimiento. También se ha puesto de manifiesto las diferencias entre la actividad de unos y otros, que consisten fundamentalmente en el hecho de que los jueces están sometidos a restricciones, en el sentido de que su actividad de búsqueda de la verdad es una actividad regulada institucionalmente²⁵. Pero esta diferencia en realidad no afecta a la valoración propiamente dicha, sino a la selección, presentación y examen de las pruebas, por lo que no parece que pueda fundamentar una distinción relevante entre la manera como razona el juez y como razona el historiador, una vez examinadas las pruebas (es decir, a la hora de su contrastación o valoración).

2.2. **Criterios de valoración de la prueba (criterios de solidez de la inferencia probatoria)**

La doctrina procesalista y la jurisprudencia han superado ya la falacia de la "íntima convicción", señalando que la valoración de la prueba no puede ser una operación libre de todo criterio y cargada de subjetividad, sino que debe estar sometida a las "reglas de la lógica", las "reglas de la sana crítica", "de la experiencia", del "criterio racional" o del "criterio humano"²⁶. Se trata sin embargo de referencias sumamente vagas y muy difíciles de concretar. Quizá se puedan dar criterios más concretos o precisar qué son las "reglas de la sana crítica" (aunque siempre dentro de un elevado grado de vaguedad) si se toman algunas de las pautas de racionalidad epistemológica ofrecidos por algunos lógicos y filósofos de la ciencia para justificar las inducciones científicas²⁷ (me guiaré, fundamentalmente, por la *Filosofía de la ciencia natural* de Hempel)²⁸.

Recordemos que en el esquema que hemos visto de la inferencia probatoria distinguíamos entre los hechos probatorios (las razones de la inferencia), la garantía (máximas de experiencia y presunciones) y los hechos a probar (la pretensión o hipótesis), de manera que podemos distinguir entre reglas o criterios acerca de los hechos probatorios, reglas o criterios acerca de la garantía y reglas o criterios acerca de la hipótesis del caso.

Una advertencia previa sobre estos criterios: la

solidez de la inferencia probatoria es gradual en dos sentidos: por un lado, en una inferencia dada puede haber más o menos criterios presentes (el hecho de que alguno o algunos de estos criterios esté ausente no es por sí solo razón para rechazar la inferencia); por otro lado, como veremos, casi todos los criterios pueden a su vez cumplirse en mayor o menor medida.

2.2.1. **Criterios acerca de los hechos probatorios**

1) ¿Son fiables los hechos probatorios?

Uno de los criterios que los filósofos de la ciencia exigen para que una hipótesis se considere fundamentada es que los datos a partir del cual se infiere dicha hipótesis sean fiables y precisos. Resulta obvio la importancia que tiene en las ciencias experimentales que los experimentos se hagan con rigor y sean descritos con precisión. En el ámbito de la prueba judicial, la fiabilidad depende de cómo hayamos llegado a conocer los hechos probatorios. El conocimiento de los mismos puede depender:

- a) De la observación directa del juez.
- b) De conclusiones científicas (por ejemplo, una prueba de ADN).
- c) Pueden ser a su vez el resultado de otra inferencia.

Es evidente que en los dos primeros casos la fiabilidad de los hechos probatorios es mayor; sin embargo, en la mayor parte de supuestos, los hechos probatorios serán conclusiones de otras inferencias. Por ejemplo, supongamos que resulta relevante para probar que Cayo mató a Sempronio saber si había cierta enemistad entre ellos y un testigo nos dice que les oyó discutir muy acaloradamente. La discusión podría servir —junto a otros hechos— como uno de los datos probatorios relevantes para inferir su enemistad (que a su vez sería un hecho probatorio relevante para inferir la hipótesis del homicidio); sin embargo, la conclusión de que dicha discusión tuvo lugar es a su vez el resultado de una inferencia a partir de las manifestaciones del testigo y del juicio de credibilidad que nos merezca. Que el testigo nos diga que les oyó discutir sólo prueba directamente que el testigo dijo que les oyó discutir. Lo mismo ocurre si el medio de prueba es un documento: habrá que inferir que el contenido del documento es cierto²⁹. Muchas veces se trata de inferencias a las que rara vez se les presta atención, pero lo cierto es que son inevitables y que cada una de ellas puede ser un punto débil de la argumentación en su conjunto (es más, incluso la aceptación del resultado de la prueba científica requiere una inferencia).

Las inferencias que concluyen en alguno o varios de los hechos probatorios pueden encadenarse entre sí. Quizá pueda proponerse una regla según la cual la fiabilidad de tales hechos probatorios es

²⁵ Marina Gascón (1999), capítulo III.

²⁶ Para una explicación de esta nueva postura y su introducción y evolución en la doctrina y jurisprudencia en España, véase, por ejemplo, M. Miranda Estampres (1997), págs. 150 y ss. y José María Asencio Mellado (1989) págs. 35 y ss.

²⁷ Esto mismo hace Marina Gascón (1999), págs. 179-187 y 218-223, a quien sigo de cerca en las siguientes páginas.

²⁸ La mayoría de los criterios señalados por Hempel se refieren a la confirmación de hipótesis generales, y no particulares, como es nuestro caso, pero son fácilmente trasladables a la confirmación de hipótesis sobre hechos individuales.

²⁹ Por ello, como se verá más adelante, no tiene sentido acentuar la distinción entre prueba directa y prueba indirecta. En sentido estricto, la única prueba directa es la observación inmediata por el juez.

mayor cuanto menor es la cadena de inferencias que llevan a ellos. Además, cada una de estas inferencias intermedias debe valorarse de acuerdo con estos mismos criterios.

2) ¿Son suficientes?

Otro de los criterios de valoración de la inferencia probatoria consiste en que se cuente con un número suficiente de hechos probatorios. Cuantos más hechos "apunten" en dirección a la hipótesis que queremos probar, más seguridad tendremos acerca de su corrección. Sin embargo, este criterio debe ser matizado, porque un solo hecho probatorio pero con un alto grado de fiabilidad puede tener un peso mayor que varios hechos probatorios de escasa fiabilidad.

Los filósofos también han señalado la importancia de la cantidad del apoyo empírico con el que cuenta una hipótesis³⁰, pero han puesto asimismo de manifiesto que este apoyo necesita ser reforzado con la variedad de los datos recogidos.

3) ¿Son variados?

Como señala Hempel, "si ya se cuenta con miles de casos confirmatorios, la adición de un dato favorable más aumentará la confirmación, pero poco (...) Hay que precisar esta afirmación, sin embargo. Si los casos anteriores han sido todos ellos obtenidos mediante contrastaciones del mismo tipo, y el nuevo dato, en cambio, es el resultado de un tipo diferente de contrastación, la confirmación de la hipótesis se verá significativamente acrecentada"³¹. También en la prueba judicial la variedad de los hechos probatorios aumentará la probabilidad de la hipótesis confirmada por ellos. Como señala Jonathan L. Cohen, la importancia de la diversidad de los datos radica en que permite algo que es esencial para dar por confirmada una hipótesis: la eliminación de las hipótesis alternativas con las que entra en competencia³². Supongamos que queremos probar experimentalmente que las abejas distinguen el color azul; para ello, podemos tratar de demostrar una y otra vez que les atrae una fuente teñida de un fuerte color azul. En la repetición de estos experimentos es sumamente relevante ir cambiando la fuente de sitio, porque de esta manera eliminamos la posible explicación alternativa de que el resultado de nuestros experimentos se deba a que las abejas tienen buena memoria espacial, y no a que distinguen el azul. Sin embargo, no toda variación es importante (sería irrelevante variar el día de la semana en el que hacemos los experimentos con las abejas), aunque qué divergencias son relevantes y cuáles no es algo relativo a la hipótesis que queremos probar y no puede ser concretado de antemano.

El mismo papel parece cumplir la variedad en la prueba judicial. Si los hechos en contra de un sujeto acusado de tráfico de droga se limitan a numerosas acusaciones de sus vecinos, con los que mantiene desde hace tiempo pésimas relaciones, podría pensarse que la causa de las acusaciones es la animadversión de éstos, pero esta hipótesis

alternativa se debilita si además encontramos una balanza de precisión en poder del acusado. Aun así, cabría la posibilidad de que la usara para hacer mediciones relacionadas con alguna afición suya. Pero, de nuevo, la hipótesis alternativa se debilita si encontramos en la balanza restos de cocaína. Este tipo de razonamiento que tiende a eliminar o debilitar hipótesis hasta quedarse con la más probable guarda relación con la concepción de la inducción como método de eliminación de hipótesis (inducción eliminativa) sostenida por Bacon³³.

4) ¿Son pertinentes?

La pertinencia de los hechos probatorios es otro de los requisitos a tener en cuenta. No todos los hechos son relevantes para confirmar una hipótesis, sino que éstos deben tener una relación con el hecho descrito en ella.

En ocasiones, la pertinencia de la prueba viene determinada por el Derecho (legal o jurisprudencialmente), prohibiéndola o fijando su valor. Por ejemplo, cuando se minusvalora al escrito anónimo, el testimonio de referencia, el reconocimiento fotográfico, etc.³⁴ Esta intervención del Derecho puede tener una justificación epistemológica (como en los ejemplos citados) o de otro tipo (como cuando se le niega valor probatorio a la confesión).

En la mayoría de casos, sin embargo, determinar qué hechos son pertinentes para confirmar la hipótesis depende de las máximas de experiencia y presunciones que constituyan la garantía del argumento. Un hecho no será pertinente cuando no está correlacionado con la hipótesis ni por presunciones ni por máximas de experiencia adecuadas y bien fundadas, por lo que este requisito remite a la corrección de la garantía.

2.2.2. Criterios acerca de la garantía

1) ¿Está suficientemente fundada?

Como hemos visto antes, lo que Toulmin llama garantía de un argumento consiste en una regla (en el sentido de enunciado que expresa una regularidad) que correlaciona las razones (los hechos probatorios) con la pretensión (la hipótesis). En la "inferencia probatoria", la garantía está constituida por máximas de experiencia y por presunciones. Cuando los procesalistas afirman que la prueba ha de valorarse de acuerdo con las "reglas de la lógica" y las "reglas de la sana crítica", en muchas ocasiones están haciendo referencia a las regularidades o máximas de experiencia, que en los argumentos no deductivos parecen cumplir el papel de "reglas de inferencia".

Ahora bien, las máximas de experiencia son a su vez la conclusión de una inducción ampliativa, por lo que no son necesariamente verdaderas, sino probables (en sentido inferencial). Su grado de credibilidad racional dependerá de que la inducción por medio de la cual han sido establecidas esté bien hecha. Dicho de otra manera, hay que exami-

³⁰ Hempel, *Filosofía de la ciencia natural*, pág. 58

³¹ Hempel, *Filosofía de la ciencia natural*, pág. 58

³² Jonathan L. Cohen (1998), capítulo V

³³ Véase Jonathan L. Cohen (1998)

³⁴ Son ejemplos de Fassone que tomo de Marina Gascon (1999), pág. 131

nar —como dice Marina Gascón— el fundamento cognoscitivo de estas máximas y regularidades, de manera que se excluyan las generalizaciones apresuradas y los prejuicios. Así, el grado de confirmación de la hipótesis final de la inferencia probatoria es mayor cuando las máximas de experiencia constituyen reglas científicas o vulgarizaciones de conocimientos ampliamente confirmados³⁵.

En general, las máximas de experiencia o regularidades están bien fundadas cuando se basan en una inducción ampliadora sólida, y para valorar la solidez de este argumento hemos de recurrir a los mismos criterios que estamos analizando (salvo, obviamente, los relativos a la máxima de experiencia o garantía)³⁶. Con ello, una nueva inferencia (en este caso una inducción ampliadora) viene a encadenarse con la inferencia probatoria.

Las presunciones pueden verse como máximas de experiencia institucionalizadas y autoritativas; si se ven de esta manera —y si su fundamento es cognoscitivo, lo que no siempre es así— también deben estar bien apoyadas por una inducción sólida. Otra cosa es el margen que pueda tener el juez para rechazarlas o desplazarlas por otras regularidades.

Este requisito puede completarse con una actitud de desconfianza hacia las máximas o reglas explicativas construidas *ad hoc*³⁷. Si la regla se ha construido para explicar el caso concreto sobre el cual debe decidir el juez, es claro que no se basa en una inducción ampliadora bien fundada.

2) ¿Establece un grado de probabilidad causal suficiente?

Mientras el requisito anterior era relativo al sentido inferencial de probabilidad, éste se refiere al sentido causal. Es posible encontrar máximas de experiencia que establecen que si ocurre un fenómeno le seguirá, con un alto grado de probabilidad, otro fenómeno, y máximas que correlacionan los fenómenos con un menor grado de probabilidad. Cuanto menor sea el grado de probabilidad causal expresado por la máxima de experiencia, menor será la probabilidad inferencial con la que se sigue la hipótesis final.

2.2.3. Criterios acerca de la hipótesis

1) ¿Ha sido refutada?

Existen varios requisitos a los que se puede someter la hipótesis para tratar de aumentar su credibilidad. Así, aunque la hipótesis venga confirmada

por los hechos probatorios, aún hay que someterla al requisito de la no refutación³⁸. Una hipótesis es *refutada directamente* cuando su verdad resulta incompatible con otra afirmación que se ha dado por probada. Si las afirmaciones versan sobre hechos cuya coexistencia es poco probable, entonces la hipótesis pierde credibilidad. Una hipótesis es *refutada indirectamente* cuando implica una afirmación que se demuestra que es falsa (o poco probable).

La refutación es un procedimiento muy usual en las ciencias. Puede explicarse con un ejemplo tomado de Hempel. Un físico de origen húngaro, Semmelweis, que trabajó como médico en el Hospital General de Viena hacia mediados del siglo XIX, trató de encontrar una explicación al elevado número de muertes por fiebre pauperal entre las mujeres que daban a luz en la División Primera de Maternidad del Hospital, hecho extraño dado que en la División Segunda el número de muertes era muy reducido. Semmelweis elaboró varias hipótesis explicativas. De ellas, descartó algunas por ser contrarias a hechos bien establecidos, como por ejemplo la hipótesis de que las diferencias de mortalidad se debían a una distinta alimentación, puesto que la comida era la misma en las dos Divisiones, o que se debían al hacinamiento, puesto que éste era mayor en la División Segunda (refutación directa). Otras hipótesis tuvieron que ser sometidas a contrastación indirecta. De acuerdo con una opinión extendida entre los médicos y enfermeros del hospital, la mortalidad se debía a un efecto psicológico, provocado por el hecho de que en la División Primera, cuando el sacerdote debía dar la extrema unción a una moribunda, tenía que recorrer todo el pabellón hasta llegar a la enfermería, a la vista de todas las internas. Se sostenía que la visión del sacerdote, vestido de negro y anunciado por una campanilla, generaba tal terror en la División Primera que debilitaba a las pacientes y les hacía más propensas a las fiebres. En cambio, en la División Segunda el sacerdote accedía directamente a la enfermería, sin pasar por la sala de los pacientes. Semmelweis razonó que si la visión del sacerdote era la causa de la mayor tendencia a contraer las fiebres, entonces, si el sacerdote daba un rodeo, la mortalidad disminuiría, y puso en práctica este experimento. La mortalidad no disminuyó y la hipótesis fue rechazada. Como señala Hempel, la refutación puede representarse por medio del siguiente esquema de razonamiento deductivo (*modus tollens*):

Si la hipótesis principal H es cierta, entonces la hipótesis derivada H' también lo es.
H' es falsa

H es falsa

En el ámbito del Derecho no es posible someter las hipótesis derivadas a experimentación, pero sí es posible tomar otro tipo de medidas para confirmarlas o comprobar su compatibilidad y coherencia con el resto de afirmaciones.

2) ¿Se han podido confirmar las hipótesis derivadas?

Las hipótesis derivadas refutan la hipótesis principal si se demuestran falsas, pero aumentan su

³⁵ Marina Gascón (1999), pag. 180. En realidad, lo que debe exigirse no es solo que la máxima de experiencia utilizada esté bien fundada, sino también que no haya máximas de experiencia mejor fundadas que desautoricen el paso de los hechos probatorios a la hipótesis.

³⁶ En realidad, toda inducción ampliadora se basa en última instancia en una regla autorreferente que afirma que puesto que en el pasado muchas inducciones ampliadoras han tenido éxito, las inducciones ampliadoras son un método fiable de conocimiento. Esta regla constituye el fundamento de la inducción, pero es un fundamento problemático que genera circularidad, porque ella misma es una máxima de experiencia resultado de una inducción. Véase Max Black (1984), pag. 51; así como Max Black (1975) y Peter Achinstein (1975).

³⁷ Sobre las hipótesis *ad hoc* en la ciencia puede verse Hempel (1973), pag. 51.

³⁸ Marina Gascón (1999), pag. 184.

credibilidad si se confirman como verdaderas. Por ejemplo, la explicación con la que dio finalmente Semmelweis fue que las fiebres eran debidas a la falta de higiene de los médicos y estudiantes de enfermería, que atendían a las pacientes de la División Primera —pero no a las de la Segunda— después de haber practicado disecciones en la sala de autopsias, tras un lavado meramente superficial. Dedujo que si ésta hipótesis era correcta, en el caso de que los médicos se desinfectaran cuidadosamente las manos antes de atender a las pacientes, la mortalidad disminuiría (como así fue).

De la misma manera, si se pueden confirmar con un grado de probabilidad suficiente las hipótesis derivadas de una hipótesis judicial, el grado de credibilidad de la misma aumenta.

3) ¿Se han eliminado todas las hipótesis alternativas?

Otro de los criterios fundamentales para valorar la credibilidad de una hipótesis es la credibilidad de otras hipótesis con la que la primera entra en competencia. En el caso en que se puedan eliminar todas las hipótesis que compiten por explicar un hecho, salvo una, ésta debe ser tomada como verdadera (ya hemos visto la importancia de la diversidad de los datos probatorios para la eliminación de hipótesis). Pero esto es un ideal rara vez alcanzable. Lo usual es que se disponga de varias hipótesis y que haya que escoger aquella que resiste mejor a los intentos de refutación, o aquella que es más sólida de acuerdo con los criterios anteriores. En general, la credibilidad de una hipótesis disminuye cuantas más hipótesis alternativas existan.

4) ¿Es coherente?

Suelen señalarse dos criterios para escoger entre hipótesis con un grado de confirmación semejante. El primero consiste en la coherencia narrativa o congruencia de dicha hipótesis. De acuerdo con MacCormick, debe escogerse aquella hipótesis que explica los hechos de una forma más creíble, a la luz de una máxima de experiencia fundada y de acuerdo con el resto de conocimiento del que disponemos³⁹ (la coherencia, por tanto, tiene un aspecto interno: congruencia entre los enunciados que conforman la hipótesis; y otro externo: congruencia con el resto del conocimiento).

La coherencia (al menos, su aspecto externo) viene a coincidir con lo que Hempel llama el apoyo teórico de una hipótesis, que supone que la misma puede incardinarse en el marco de una teoría más amplia.

5) ¿Es simple?

El segundo criterio de elección entre hipótesis aparentemente equivalentes es la simplicidad. Este es un criterio señalado también por los filósofos de la ciencia y muy discutido (se discute tanto el concepto como el fundamento de la simplicidad). De acuerdo con algunos autores, las hipótesis más simples serían las que explican más con un menor número de presuposiciones. Al requerir menos hechos desconocidos (dichas presuposiciones), se les concede mayor credibilidad.

2.2.4. Los criterios de solidez, la prueba directa y la prueba indirecta

La doctrina procesalista y la jurisprudencia suele distinguir entre prueba directa y prueba de indicios o indirecta, en los siguientes términos:

"La prueba directa es aquella en que la demostración del hecho enjuiciado surge de modo directo e inmediato del medio de prueba utilizado; la prueba indirecta o indiciaria es aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos del delito, pero de los que pueden inferirse éstos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico entre los hechos probados y los que se trata de probar"⁴⁰.

Normalmente, la distinción suele ir acompañada de una mayor confianza hacia la prueba directa, hasta el punto de que la indirecta se admite como un "mal menor" (ya que, "prescindir de la prueba indiciaria conduciría, en ocasiones, a la impunidad de ciertos delitos y, especialmente, los perpetrados con particular astucia"⁴¹), sometiéndola a ciertos requisitos. Y esto es precisamente lo que nos interesa: tales requisitos, establecidos jurisprudencialmente, vienen a coincidir o aproximarse (como no podía ser menos) a algunos de los que he señalado como criterios de solidez de la inferencia probatoria. Así, se exige que los indicios estén plenamente acreditados (*fiabilidad*), que concurren una pluralidad de indicios (*cantidad*), que tengan relación con el hecho criminal y su agente (*pertinencia*), que tengan armonía o concordancia (*coherencia*), que el enlace entre los indicios y los hechos constitutivos del delito se ajuste a las reglas de la lógica y a las máximas de experiencia (*garantía bien fundada*), de manera que se eliminen posibilidades alternativas (*eliminación de hipótesis alternativas*), que no existan contraindicios (*no refutación*), etc.⁴²

Ahora bien, la diferencia entre prueba directa e indiciaria resulta poco clara. Entre las pruebas consideradas directas encontramos las declaraciones de testigos y las pruebas documentales. ¿Qué quiere decir que de ellas "la demostración del hecho enjuiciado surge de modo directo e inmediato"? Si quiere decir que no es necesaria ninguna inferencia o razonamiento, se trata de una falacia. Para demostrar que Cayo golpeó a Sempronio a partir de la afirmación de Ticio según la cual vio a Cayo golpear a Sempronio debemos: a) establecer la credibilidad de Ticio; b) descartar errores de percepción de Ticio; y c) descartar errores de interpretación de Ticio (eso sin contar con los posibles errores del juez). Todo ello, obviamente, exige cierto razonamiento (no necesariamente sencillo) y una

³⁹ De esta manera resume M. Miranda Estampres (1997, pág. 218) la definición del Tribunal Constitucional. Esta sería la *distinción canónica* entre prueba directa y prueba indiciaria, pero se encuentran en la doctrina otras formas de trazar la distinción. Véase Marina Gascon (1999), pág. 88.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1985, de 17 de diciembre.

⁴² Sobre estos requisitos puede verse M. Miranda Estampres (1997), págs. 231 y ss.

³⁹ Neil MacCormick (1984), págs. 37-53

serie de inferencias encadenadas, basadas a su vez en regularidades o máximas de experiencia. Como en el caso de la prueba indirecta⁴³. Y tampoco es cierto que la prueba directa se dirija propiamente a los hechos que son constitutivos del delito: el hecho relacionado directamente con la declaración de Ticio no es que Cayo golpeará a Sempronio, sino que él dice que lo vio.

Probablemente, la distinción entre prueba directa e indirecta es una cuestión de grado, que dependerá del número de inferencias que haya que realizar y del carácter más o menos evidente de las máximas de experiencia. Por ello, no habiendo diferencia cualitativa entre ambos tipos de prueba, se puede afirmar que los criterios de solidez rigen tanto para la prueba directa como para la indirecta⁴⁴.

3. La motivación de los hechos. Descubrir y justificar

3.1. La motivación como descripción del razonamiento del juez

Una vez superada la idea de que la valoración de la prueba escapa al control racional, se sigue que es posible motivar la premisa fáctica del silogismo judicial y que tiene sentido exigir esta motivación como una manera de aumentar las garantías en el proceso⁴⁵.

La motivación es entendida por la doctrina procesalista y la jurisprudencia como la actividad consistente en "exteriorizar el razonamiento probatorio empleado, plasmándolo en el texto de la sentencia como única forma de controlar su racionalidad y coherencia"⁴⁶. Es decir, que la motivación vendría a ser una descripción del íter mental que el juez ha realizado al valorar la prueba. Esto ha sido calificado por algunos autores como la *falacia descriptivista*⁴⁷. En ocasiones se ha sostenido la opinión contraria, diciendo que la motivación no hace referencia al proceso mental real del juez, ya que éste llega a sus

conclusiones por motivos que escapan al control racional; la motivación sería una racionalización *a posteriori* de la decisión. Esta es la postura del realismo jurídico americano⁴⁸.

Para tratar de aclarar estas cuestiones conviene, antes que nada, distinguir entre *cómo motivan de hecho* los jueces y *cómo deberían motivar*. Parece evidente que los jueces, en la motivación de sus sentencias, adoptan la pretensión de estar describiendo el razonamiento empleado. Sin embargo, aunque quieran ajustarse a él, en realidad siempre se tratará de una reconstrucción del mismo, señalando las fases más relevantes, simplificando, omitiendo pasos, etc. O, incluso, en el caso de que la decisión la haya tomado un órgano colegiado, recurriendo a la ficción de que el íter mental de la mayoría ha coincidido. Pero cuando los procesalistas dan definiciones de motivación como la anterior también asumen que es así como hay que motivar. Pues bien, ¿tienen razón? ¿O, por el contrario, quienes están en lo correcto son los que rechazan —a veces, enconadamente— esta tesis como una falacia?⁴⁹

3.2. "Descubrir" y "justificar"

Para contestar a esta pregunta, los filósofos del Derecho han recurrido a otra distinción, esta vez traída de la teoría de la ciencia de corte neopositivista: De acuerdo con esta distinción, una cosa es el conjunto de operaciones que realizamos para descubrir o formular una hipótesis (contexto de descubrimiento) y otra el conjunto de operaciones que realizamos para validarla, justificarla o mostrarla como correcta (contexto de justificación o validación). Richard Rudner da una clara formulación de los dos contextos:

"En general, el contexto de validación es lo que nos preocupa cuando, independientemente de cómo hayamos llegado a descubrir o mantener una hipótesis o teoría científica, nos planteamos la cuestión de si aceptarla o rechazarla. Por otra parte, pertenecen al contexto de descubrimiento cuestiones tales como: de qué manera se llega a dar una hipótesis buena o qué condiciones sociales, psicológicas, políticas o económicas pueden ayudar a dar con una hipótesis valiosa"⁵⁰.

La distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación a veces va acompañada de la afirmación de que no cabe una lógica del descubrimiento, de que no pueden señalarse pautas racionales que guíen nuestros procesos de "invención" de hipótesis⁵¹.

De acuerdo con la tesis de los dos contextos y de la separación entre ellos, se dice que las objeciones de los realistas americanos afectan al contexto de descubrimiento, pero no muestran que sea im-

⁴³ Juan Igartua Salaverria (1995), págs. 203-206. Marina Gascon (1999), pág. 89

⁴⁴ El establecimiento de criterios de valoración de la prueba por vía jurisprudencial corre el peligro de instaurar un nuevo sistema de valoración tasada o fijada de la prueba (con los mismos inconvenientes que el legal) si se va más allá de la formulación de los criterios, esto es, si se precisa en exceso cuando debe considerarse un testigo como fiable, o que máximas de experiencia hay que dar por fundadas, o cuántos indicios hacen falta para que la prueba se considere suficiente, etc. En este sentido, la *vaguedad* de los criterios puede ser útil para mantener las ventajas del sistema de libre valoración (racional) de la prueba frente al sistema de prueba tasada. Al menos, hay que procurar cierto equilibrio entre esa vaguedad y los intentos de dotar a los criterios de mayor precisión, dado que en este ámbito nunca podrán ofrecerse reglas o criterios cuya aplicación mecánica asegure la verdad de la conclusión (dicho en términos filosóficos, no parece posible una lógica del descubrimiento "a la manera deductiva"). Sobre los inconvenientes de la prueba legalmente tasada, véase Jose Maria Asencio (1989), págs. 19 y ss.

⁴⁵ Así, escribe José María Asencio (1989), pág. 47. "el sistema de libre apreciación de la prueba no se opone a la motivación fáctica de las sentencias penales sino que, por el contrario, es consustancial, si se entiende que apreciación en conciencia es valoración racional y lógica, a este modelo de apreciación probatoria".

⁴⁶ M. Miranda Estampes (1997), pág. 165

⁴⁷ E. Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, pag. 214-215. Tomo la cita de Marina Gascon (1999), pag. 208

⁴⁸ Para un análisis del alcance de esta tesis en estos autores véase Perez Lledo (1996)

⁴⁹ Juan Igartua Salaverria (1995), págs. 147 y ss

⁵⁰ Richard S. Rudner (1980), pág. 22

⁵¹ Karl R. Popper (1962); Carl Gustav Hempel (1973), pag. 31

posible la justificación (aunque *a posteriori*) de las decisiones judiciales⁵². Incluso, se ha afirmado:

“tensando el argumento: qué más nos da que el juez condene a un individuo movido por el afecto/desafecto si, después, logra motivar su decisión con razones inapelables”⁵³.

La distinción se usa, por tanto, para rechazar la tesis de que la motivación deba consistir en la explicación del íter mental del juez. Motivar —se dice— es justificar, y justificar es distinto de mostrar cómo hemos llegado a descubrir una hipótesis o a tomar una decisión.

3.3. *Dos sentidos de “descubrir”. Algunos problemas de la distinción entre “contexto de descubrimiento” y “contexto de justificación”*

Si analizamos las cosas con cuidado podemos ver que, al trasladar la distinción del campo de la epistemología al de la argumentación jurídica, ésta ha sido alterada de un modo sutil. Obsérvese que Rudner se refiere al contexto de justificación como el conjunto de operaciones tendentes a determinar si se acepta o se rechaza una teoría o hipótesis. Lo que queda en el contexto de descubrimiento, por tanto, es la mera “invención” o formulación de hipótesis tentativas (a las que luego se tratará de confirmar). Igualmente, Popper se refiere al contexto de descubrimiento como “el acto de concebir o inventar una teoría”⁵⁴ y Hempel afirma que la lógica de la inducción (a la que considera como un conjunto de reglas de justificación) requiere “hipótesis de tanteo” (la expresión es suya) ya dadas⁵⁵.

Sin embargo, cuando algunos filósofos del Derecho hablan de contexto de descubrimiento, parecen incluir en él no sólo la formulación de hipótesis de tanteo, sino también la decisión de aceptar finalmente una determinada hipótesis. No importa cómo se ha tomado esta decisión, se dice, si luego está bien justificada; pero la decisión ya se ha tomado. Igartua Salaverria expresa tajantemente esta posición:

“La primera de las fases (la del *descubrimiento*) comprende el conjunto de los procedimientos mentales que el juez pone en juego en orden a llegar a una decisión, para lo cual emplea criterios de diferente naturaleza (lógicos, jurídicos, cognoscitivos, valorativos,...). La segunda fase (la de la *justificación*) comienza cuando, *una vez tomada la decisión*, ésta requiere ser motivada mediante argumentos (de naturaleza varia también), pero no con la finalidad de encontrar una decisión sino con el objeto de mostrar que la decisión adoptada se funda en buenas razones”⁵⁶.

Hay, pues, dos maneras de entender la distinción, según cómo entendamos “descubrir”:

1) En sentido débil, el contexto de descubrimiento llega hasta la propuesta tentativa de hipótesis. “Descubrir”, en este sentido, es sólo “imaginar” hipótesis, y por ello es tan arduo —si no imposible— encontrar criterios de racionalidad para el contexto de descubrimiento⁵⁷. Asimismo, en este sentido, contexto de descubrimiento y de justificación aparecen separados. Por último, en este sentido, la valoración de la prueba no pertenece al contexto de descubrimiento, sino al de justificación, porque la valoración de la prueba es el momento en el que nos planteamos si “aceptar o rechazar” la hipótesis del caso (en lo que consiste el contexto de justificación, según Rudner).

2) En sentido fuerte, tal como me parece que se entiende muchas veces la distinción en el ámbito de la filosofía del Derecho, el contexto de descubrimiento llega hasta (e incluye) la decisión de aceptar una determinada hipótesis. Se ha sugerido incluso que éste es el sentido más usual de “descubrimiento”, porque “no nos referimos usualmente a una propuesta como un descubrimiento a menos que haya pasado suficientes pruebas como para llegar a ser, al menos durante un tiempo, una parte del cuerpo aceptado de la ciencia”⁵⁸. Cualquier científico formula numerosas hipótesis o teorías antes de considerar que ha hecho un descubrimiento que debe dar a la luz. Y considera esto último cuando la ha podido justificar (salvo que actúe de manera completamente irracional).

En sentido fuerte, por tanto, justificar (decidir si aceptar o no la hipótesis) es una fase de “descubrir” y las reglas de justificación son también reglas de descubrimiento. Sólo si se asume el sentido débil de “descubrir” se puede separar tajantemente entre ambos contextos, pero al coste de distorsionar lo que normalmente se entiende por “haber hecho un descubrimiento”:

“Cada idea que bulle en la mente de un científico no es un descubrimiento. Cuando atribuimos a Galileo, a Newton, a Einstein o a Bohr descubrimientos científicos, sólo consideramos aquellas hipótesis que tuvieron buenas razones para considerar como descubrimientos. El contexto de justificación es así parte del contexto de descubrimiento y no puede trazarse ninguna línea tajante entre descubrimiento y justificación”⁵⁹.

En sentido fuerte de “descubrir”, por tanto, la valoración de la prueba es parte del contexto de descubrimiento. O, más exactamente, “valorar” es justificar (validar) y, por tanto, parte de “descubrir”⁶⁰.

⁵⁷ Aunque no es imaginar cualquier hipótesis, por lo que sí debe haber algunas pautas. Brown sugiere incluso que precisamente este es el campo de la verdadera racionalidad, y que resulta extraño que se considere a la racionalidad como una mera cuestión de lógica deductiva o de aplicación mecánica de reglas de inferencia o algoritmos, donde el hombre resulta prescindible. Harold I. Brown (1983), pag. 171 y ss.

⁵⁸ Harold I. Brown (1983), pag. 169.

⁵⁹ Harold I. Brown (1983), pag. 169 y 170.

⁶⁰ Obsérvese que también surgen dos sentidos de justificación. El sentido de justificación correlativo con “descubrir” en sentido débil equivale a valoración o contrastación, el sentido de justifica-

⁵² Manuel Atienza (1991), pag. 26.

⁵³ Juan Igartua Salaverria (1995), pag. 149.

⁵⁴ Karl R. Popper (1962).

⁵⁵ Hempel (1973), pag. 57.

⁵⁶ Juan Igartua Salaverria (1995), pag. 182. La cursiva es mía.

Ahora podemos ver qué hay de correcto en la tesis de que motivar los hechos debe consistir en describir el proceso mental por el cual el juez valora la prueba: la parte de verdad de esta afirmación es que motivar debe consistir en tal cosa *si la valoración está bien hecha, porque valorar es ya justificar (y también descubrir)*. Si el juez ha valorado correctamente la prueba, motivar los hechos no puede ser otra cosa que mostrar cómo ha hecho tal valoración (con los ajustes necesarios por las razones indicadas más arriba).

Pero también tienen algo de razón quienes aseguran que lo importante es que la motivación esté bien hecha, porque en el caso de que la valoración no haya sido racional, pero la motivación sí lo sea, lo que ha ocurrido es que se ha hecho una nueva valoración, esta vez racional, que llega a la misma conclusión y que es la que se ha explicitado (de manera que la crítica al realismo jurídico americano sigue siendo certera).

Si estas observaciones son correctas, entonces la distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación, tal como ha sido entendida por muchos filósofos del Derecho —no todos—, no es correcta. Es posible mantener la distinción, pero en otro sentido (y más extraño) de “descubrir” (un sentido, por cierto, en el que no suelen ser los jueces quienes descubren —proponen— las hipótesis del caso, sino las partes: al juez, las hipótesis le vienen, normalmente, ya “inventadas”)⁶¹.

4. ¿Qué es esa cosa llamada “verdad procesal”?

“La verdad es un ideal inalcanzable”, se dice en ocasiones. Y es verdad (quiero decir, en la medida de lo alcanzable), si por “verdad” se entiende “verdad absoluta”, sin fisuras, sin posibilidad de error. Algunos autores han puesto de manifiesto que esto mismo ocurre en el proceso:

“La experiencia nos enseña cómo a través del proceso no se consigue, en multitud de ocasiones, alcanzar la verdad, pese a lo cual el juez ha dicta-

do sentencia convencido de la exactitud de los hechos afirmados por las partes. Si consideráramos a la verdad como la finalidad de la prueba estaríamos admitiendo que la misma tiene un fin inalcanzable o irrealizable y, por tanto, como apunta Cabañas García, si el fin de la prueba es irrealizable, la misma carecería de sentido”⁶².

Por ello, se ha afirmado que “uno de los errores que más confusiones ha producido en relación al concepto de prueba ha sido el de señalar a la verdad como finalidad esencial de la prueba procesal, afirmando que la prueba consistía en la demostración o averiguación de la verdad de un hecho”⁶³ (y al denunciar esto han pretendido que creyéramos en esta afirmación, porque piensan que es... verdad):

Puesto que nunca podemos alcanzar la verdad absoluta, se dice, no tiene sentido orientar el proceso hacia ella. De manera que, o bien se abandona la idea de verdad en el proceso, o bien se orienta hacia otro tipo de verdad, distinta de la verdad absoluta.

La primera alternativa es la escogida por un sector de la doctrina. Así, Miranda Estampres, afirma que “la finalidad de la prueba no es el logro de la verdad, sino el convencimiento del juez *en torno a la exactitud de las afirmaciones realizadas en el proceso*”⁶⁴. Pero ¿de qué depende la “exactitud de las afirmaciones realizadas en el proceso”? ¿De que hayan sido probadas? Si esta es la respuesta (y me temo que lo es), todo se vuelve circular: una afirmación está probada cuando el juez está convencido de que es exacta y el juez está convencido de que es exacta cuando está probada. De manera que esta vía de romper la relación entre “convencimiento” o “creencias”, por un lado, y “verdad de los hechos”, por otro, no parece prometedora.

No sólo no es prometedora, sino que tiene connotaciones decisionistas y poco garantistas, puesto que la decisión del juez no aparece como fundada en un intento de averiguación de lo realmente ocurrido. Como ha escrito Ferrajoli:

“Forma parte del sentido y del uso común decir que un testigo ha dicho la verdad o ha mentado, que es verdadera o falsa la reconstrucción de una situación proporcionada por una acusación o por un alegato de la defensa y que una condena o una absolución son fundadas o infundadas ante todo según sea verdadera o falsa la versión de los hechos en ellas contenida y su calificación jurídica. El concepto de verdad procesal es, en suma, fundamental además de para la elaboración de una teoría del proceso, también por los usos que de él se hacen en la práctica judicial. Y no se puede prescindir de él, salvo que se opte explícitamente por modelos penales puramente decisionistas, sino a costa de una profunda incompreensión de la actividad juris-

ción correlativo con “descubrir” en sentido fuerte equivale simplemente a hacer público el proceso de valoración o contrastación. Quizá convenga hablar, entonces, para deshacer las ambigüedades, de tres fases: 1) invención de hipótesis, 2) validación y 3) justificación (explicitación de la validación). (1) y (2) serían dos fases del “descubrimiento”.

⁶¹ Estas observaciones son válidas para la motivación de la premisa fáctica del silogismo judicial, pero me parece que un error similar se comete en la motivación de la premisa normativa, o en la motivación de la decisión judicial en su conjunto. En realidad, creo que la distinción entre “contexto de descubrimiento” y “de justificación” debe ser abandonada y sustituida por la distinción entre “explicar” y “justificar” (teniendo en cuenta que entre estas dos actividades puede haber conexiones). Entre quienes encuentran que la distinción es útil pero no debe llevarse demasiado lejos se encuentran, por ejemplo, Marina Gascón (1999), págs. 206 y ss., G. Ubertis, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale* (1979), págs. 53 y ss. Manuel Atienza (1997, págs. 50 y ss) sostiene que la distinción es útil, pero que sólo se puede trazar con claridad en el marco de lo que llama la concepción lógica de la argumentación, que es —junto a la concepción material y la dialéctica— una de las tres formas de concebir la argumentación. Para un análisis en profundidad de la distinción y de los problemas que plantea su traslado al ámbito de la decisión judicial, véase Tecla Mazzarese (1995), págs. 145-196.

⁶² M. Miranda Estampres (1997), pág. 39. Pero no sólo carecería de sentido la prueba, sino cualquier empresa cognoscitiva emprendida por el hombre.

⁶³ M. Miranda Estampres (1997), pág. 37.

⁶⁴ M. Miranda Estampres (1997), pag. 45. la cursiva es mía.

diccional y de la renuncia a su forma principal de control racional”⁶⁵

La segunda vía es la de considerar que la finalidad del proceso es perseguir un tipo distinto de verdad: la verdad procesal o verdad formal. Esta verdad sería la que surge en el proceso a partir de las afirmaciones de las partes, obtenida por los medios y a través del procedimiento previstos en el Derecho, y “certificada” autoritativamente por el juez. Lo que quisiera examinar aquí es hasta qué punto está fundado considerar que la verdad procesal es un tipo de verdad distinta de la “verdad material” (o “verdad histórica” o “empírica”). Me parece que una vía para reflexionar sobre esto consiste en distinguir algunas cuestiones relacionadas con la idea de verdad y contrastar sus implicaciones en la verdad procesal y en la verdad empírica⁶⁶: 1) el concepto o significado de la idea de “verdad”; 2) los criterios de determinación de si un enunciado es verdadero; 3) los medios de averiguación de la verdad; y 4) la cuestión de los grados de la verdad.

4.1. *El concepto de verdad*

Si partimos de la definición, señalada al principio de este trabajo, de “hecho” como todo aquello que hace verdadero o falso a nuestras creencias, entonces la verdad, la propiedad de ser verdadero, no se predica directamente de los hechos (ni de los objetos), sino de las creencias y de los enunciados descriptivos. Los hechos suceden o acaecen, y su “suceder” o “acaecer” hace verdaderas o falsas a nuestras proposiciones, pero no son ellos mismos verdaderos o falsos.

La verdad es, por tanto, una propiedad de los enunciados (o de las creencias). Cuando nos preguntamos por el concepto de “verdad” (o el significado del término “verdad”), nos estamos preguntando qué características tienen aquellos enunciados de los que decimos que son verdaderos.

En el lenguaje ordinario, un enunciado verdadero es aquél que refleja la realidad, que se *corresponde* con ella. Los enunciados descriptivos (aquellos de los que podemos decir que son verdaderos o falsos) tienen como función transmitir información acerca del mundo. Por ello se ha dicho que tienen una “dirección de ajuste palabras a mundo”: lo que se pretende con ellos es que las palabras se ajusten al mundo (a diferencia, por ejemplo, de las normas, que tienen una dirección de ajuste “mundo a palabras”: se pretende con ellas que el mundo —la conducta de los sujetos— se ajuste a lo ordenado)⁶⁷. Como es sabido, a esta concepción acerca del concepto de verdad se le conoce como “la teoría de la verdad como correspondencia”.

En el ámbito de la ciencia, también puede afirmarse

que decir que un enunciado es verdadero implica suponer que se corresponde con la realidad, su dirección de ajuste es también palabras a mundo. Si se llega a la conclusión de que el mundo no es como se describía en la hipótesis científica, lo que hay que cambiar es la hipótesis, no el mundo.

Es frecuente que los filósofos de la ciencia post-positivistas adviertan que el mundo es interpretado a través de conceptos y teorías y que ello hace que, en realidad, seamos nosotros los que “construimos” el mundo. Si estas posturas son extremas, ya hemos visto que conducen a un escepticismo que es difícil hacer casar con intuiciones, actitudes y creencias muy arraigadas de nuestro comportamiento cotidiano. Es posible que el mundo lo interpretemos con categorías construidas por nosotros mismos (y probablemente podría ser interpretado con categorías distintas), pero el hecho de que la ciencia sea útil para predecir y explicar fenómenos y la técnica para transformar el mundo hace que podamos ser optimistas acerca de nuestra capacidad para captar —al menos— algunos rasgos de la realidad.

También en el Derecho cuando afirmamos que un enunciado sobre ciertos hechos es verdadero predicamos de él una dirección de ajuste “palabras a mundo”. Cuando afirmamos que una reconstrucción de un hecho es verdadera no queremos decir (o no sólo queremos decir) que sea coherente, que sea aceptable, que sea convincente o algo por el estilo, sino que es una reconstrucción que probablemente refleja bastante aproximadamente lo que realmente ocurrió. Si posteriormente llegamos a la conclusión de que la reconstrucción era falsa, lo que hay que cambiar es la reconstrucción, no el mundo⁶⁸.

De manera que la palabra “verdad”, tanto en la expresión “verdad material” como en la expresión “verdad procesal” significa “correspondencia con la realidad”, así que aquí no encontramos razones para sostener que sean dos tipos de verdades.

Ahora bien, afirmar que el significado de la palabra “verdadero” (o de “fiable”, “probable”, “verosímil”, “plausible”, etc.) es la correspondencia entre las proposiciones de las que se predica y la realidad⁶⁹ no nos indica con qué criterios contamos para poder averiguar si entre una proposición y la realidad existe o no correspondencia, ni tampoco quiere decir que cada vez que usemos la palabra “verdadero” debamos estar absolutamente seguros de esta correspondencia.

4.2. *Los criterios de verdad*

¿Cómo sabemos cuándo una afirmación se *corresponde* con la realidad? Ferrajoli ha insistido en que debemos distinguir entre el significado de “verdad” y los criterios de “verdad”⁷⁰. La teoría de la

⁶⁵ L. Ferrajoli (1997), pag. 47.

⁶⁶ Por verdad procesal entenderse únicamente la verdad acerca de la premisa fáctica del silogismo judicial, sin referencia a la corrección de la premisa normativa.

⁶⁷ Sobre la noción de “dirección de ajuste” puede verse G.E.M. Anscombe (1991), pag. 109.

⁶⁸ Una defensa de la adecuación de la noción de verdad como correspondencia para el proceso puede verse en Marina Gascon (1999), págs. 64 y ss.

⁶⁹ L. Ferrajoli (1997), pag. 66.

⁷⁰ L. Ferrajoli (1997), pag. 66 y ss. Ahora bien, esta distinción sólo es posible si se asume un cierto grado de objetivismo ontológico.

verdad como correspondencia se refiere a la primera cuestión, y es compatible con que pensemos que la coherencia de los enunciados entre sí (teorías coherentistas) o la aceptación o utilidad de los mismos (teorías pragmatistas) son “síntomas” o “indicios” de que un enunciado es verdadero (se corresponde con la realidad).

Los criterios de verdad constituyen algo así como un test que nos permite decidir cuándo un enunciado se corresponde con la realidad. Es sumamente discutido cuáles son los criterios de verdad para una hipótesis o teoría científica. Se ha señalado la coherencia de los enunciados, su potencialidad explicativa y predictiva, su aceptación por parte de la comunidad científica, etc. y, probablemente, todos sean “síntomas” atendibles que apuntan a la verdad de una hipótesis, aunque también sea posible encontrar contraejemplos. Aquí he asumido la posibilidad de encontrar criterios racionales de descubrimiento de una hipótesis⁷¹ (que, en buena medida, integran criterios como el de la coherencia, la capacidad explicativa, etc.). Podemos decir que si una teoría o hipótesis científica alcanza un grado elevado de credibilidad o confirmación de acuerdo con ellos, entonces probablemente se corresponde con la realidad.

En el proceso judicial una hipótesis se considera verdadera (correspondiente con la realidad) cuando ha sido probada, y ha sido probada cuando, tras la valoración de la inferencia probatoria, alcanza un alto grado de credibilidad. Como he tratado de sugerir, los criterios de valoración de la prueba son paralelos a los criterios de confirmación de hipótesis propuestos por algunos filósofos de la ciencia. Por tanto, los criterios de la “verdad material” y los de la “verdad procesal” son equivalentes, y tampoco aquí encontramos motivos para decir que nos encontramos ante dos tipos de verdades distintas.

4.3. Los medios de averiguación de la verdad

Podemos llamar “medios” de averiguación de la verdad a los instrumentos con los que contamos para obtener los datos a partir de los cuales tratamos de inferir la hipótesis y para poder validarla. Esto es, los medios con los que contamos para determinar si una hipótesis cumple con los criterios de verdad.

Así, son medios de averiguación de la verdad procesal las declaraciones de los testigos, los documentos, la observación directa del juez (cuando es posible), el testimonio de los peritos, etc. (en definitiva, lo que los procesalistas llaman medios de prueba). Y, en la ciencia, las observaciones, experimentos y medios de investigación.

Aquí es donde puede parecer que surge una diferencia entre verdad material y verdad procesal, porque el Derecho, al institucionalizar el procedimiento probatorio, limita las maneras de aportar datos al pro-

ceso. “La fijación judicial de los hechos —escribe Marina Gascón— se desarrolla en un marco institucionalizado de reglas (procesales) que condicionan la obtención del procedimiento 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 a la protección de la verdad, se consideran dignos de protección (algunas ‘limitaciones de prueba’ son ejemplos de este tipo de reglas)”⁷².

Sin embargo, tampoco la ciencia tiene una absoluta libertad a la hora de tratar de averiguar la verdad. Además de las limitaciones derivadas de la existencia de normas jurídicas (aunque no procesales) o morales, como la prohibición de experimentar con seres humanos sin su consentimiento, etc., existen restricciones técnicas y económicas a los medios de averiguación que puede usar.

En todo caso, las restricciones de este tipo (sean institucionalizadas o no), influirán en el grado de certeza que podamos alcanzar, pero es difícil fundamentar en ellas una distinción importante, cualitativa, entre la verdad procesal y la verdad material.

Pero a veces se insiste en que la institucionalización de la averiguación de la verdad procesal trae consigo una característica fundamental y específica: la prueba judicial se resuelve por un acto revestido de autoridad; dicho de otra manera, el juez decide *autoritativamente* si un hecho ha sido probado, y esto no tiene contrapartida en la ciencia. Esto es cierto; sin embargo, sólo quiere decir que los jueces deciden si un hecho, a la luz del procedimiento desarrollado en el proceso, tiene un grado de credibilidad suficiente como para considerarlo verdadero. Los jueces no “crean” ninguna verdad, sino que declaran que han decidido aceptar como (probablemente) verdadera (correspondiente a la realidad) una determinada reconstrucción de los hechos. Y, aunque su decisión sea inapelable, pueden estar equivocados. Como señalan Alchourrón y Bulygin, “poner punto final a la discusión de la verdad no hace verdadero el enunciado”. Si así fuera, los jueces serían infalibles y nunca podríamos decir de las decisiones de un tribunal de última instancia que son equivocadas (y todo el mundo entiende qué se quiere decir con esto)⁷³. Y si los jueces pueden equivocarse, entonces la verdad procesal no es lo que los jueces dicen que es verdad.

4.4. Grados de certeza

Como ya hemos visto, la conclusión de una inferencia probatoria es siempre probable. Cuando decimos que el enunciado *x*, al que hemos llegado tras la valoración de la prueba, es verdadero, en realidad estamos diciendo que es “probablemente verdadero”, esto es, que probablemente se ajusta a

Desde un punto de vista relativista o esceptico, no hay realidad a la que puedan corresponderse los enunciados

Una especie de “lógica de la inducción”, lo consideran los neopositivistas.

⁷² Marina Gascón (1999), pág. 121.

⁷³ Alchourrón y Bulygin (1991) págs. 309 y ss. Jordi Ferrer (2000)

la realidad. La verdad procesal no es nunca una verdad absoluta, sino aproximativa. O, mejor dicho, puede que haya enunciados con significado empírico absolutamente verdaderos (en el sentido de totalmente correspondientes con la realidad), pero nosotros nunca podemos tener certeza absoluta de ello, así que debe bastarnos con que tengan un grado elevado de credibilidad.

Pero no sólo los enunciados probados en el proceso son probabilísticos. Tampoco la ciencia opera con verdades sobre las que tengamos una certeza absoluta: ya hemos visto que el conocimiento científico descansa, en última instancia, en razonamientos inductivos, por lo que siempre pueden estar equivocados. Ni siquiera estoy seguro de que pueda decirse siempre y en todo caso que los enunciados de la ciencia sean más fiables que las "verdades procesales". Al igual que podemos distinguir diferentes grados de certeza en las conclusiones de las inferencias probatorias, así también las conclusiones de los razonamientos científicos pueden ser más o menos fiables. De manera que tampoco el carácter probabilístico de la "verdad procesal" es exclusivo de ella.

En definitiva, la "verdad procesal" y la "verdad empírica" a) no se diferencian en cuanto a la característica que predicen de los enunciados de los que se dice que son verdaderos; b) tampoco en los criterios de verdad; c) sólo como cuestión de grado respecto a las restricciones a los medios de averiguación de la verdad; y d) tampoco se diferencian (de nuevo salvo, quizás, como cuestión de grado) en su carácter probabilístico. ¿Qué es, entonces, lo que habría que entender por "verdad procesal"? Creo que, más o menos, lo siguiente: "Un enunciado X es una verdad procesal cuando, a través de los medios procesales previstos en el Derecho, con sus exigencias y limitaciones, un órgano judicial ha llegado al convencimiento de que es altamente probable que ese enunciado describa un hecho realmente ocurrido". Lo que hace "procesal" a esta verdad es el contexto en el que se obtiene, y ninguna otra peculiaridad.

IV. CONCLUSIONES

En las páginas anteriores he tratado de fundamentar mi opinión acerca de lo que creo que constituyen opiniones necesitadas de revisión sobre los problemas suscitados por la prueba judicial de los hechos. Las conclusiones de estas páginas son las siguientes:

1) Los problemas constituidos por las normas y los sistemas normativos no deben ser los únicos relevantes para los teóricos del Derecho. Junto a la Teoría de la Norma y de los Ordenamientos jurídicos hay que desarrollar una Teoría de los Hechos en el Derecho.

2) Los hechos no son plenamente objetivos, en el sentido de que su conocimiento no consiste en una recepción pasiva por parte del observador.

3) Pero tampoco puede rechazarse la posibilidad del conocimiento de los hechos con cierto grado de

objetividad (o intersubjetividad). La postura que parece más correcta es un objetivismo crítico.

4) Aunque hablando con precisión el objeto de prueba lo constituyen las afirmaciones sobre los hechos, éstas no pueden ser probadas si no es por referencia a los hechos que describen. Entonces, afirmar que un enunciado x está probado implica considerar al hecho descrito en x como ocurrido.

5) La distinción tradicional entre cuestiones sobre los hechos y cuestiones de Derecho debe ser reformulada. Es una distinción útil, pero no debe ser tomada demasiado tajantemente. Si lo que le interesan al Derecho no son los hechos externos, sino interpretados, la prueba (atribución) de algunos hechos (interpretados) puede depender de la existencia de ciertas normas jurídicas.

6) La conclusión de una inferencia probatoria siempre tiene una validez probabilística, por lo que no puede exigirse total certeza como fundamento de la decisión del juez. Desde un punto de vista psicológico el juez puede estar convencido de la corrección de la hipótesis del caso, pero ésta no puede ser una convicción lógica.

7) Afirmar que el juez puede valorar la prueba con total libertad, incluso de las leyes de la lógica, la ciencia y la razón, no tiene ningún fundamento epistemológico. Por el contrario, la valoración de la prueba debe regirse por criterios de racionalidad epistemológica.

8) La prueba directa y la indiciaria sólo se diferencian en una cuestión de grado: en el menor o mayor número de inferencias que unen los hechos probatorios con la hipótesis. No es cierto que el objeto de la prueba directa sean inmediatamente los hechos que había que probar.

9) La verdad procesal y la verdad material coinciden respecto al significado de "verdad", al criterio de verdad, al carácter restringido de los medios de averiguación de la verdad (aunque aquí haya diferencias cuantitativas) y las dos son verdades aproximativas. No tiene fundamento, por tanto, la tesis de que se trata de dos tipos de verdades distintas. Ni tiene fundamento considerar que algo es una verdad infalible porque es una decisión final.

10) O bien se mantiene la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, al coste de distorsionar lo que se entiende normalmente por "descubrir", o bien la validación o justificación de una hipótesis (o algunas cuestiones relativas a estas operaciones) forma parte del contexto de descubrimiento, y por tanto la distinción no puede mantenerse tajantemente.

BIBLIOGRAFIA

- Achinstein, Peter (1975). *La circularidad de un argumento inductivo autosuficiente*, en P.H. Niddich (compilador), *Filosofía de la ciencia*, Fondo de Cultura Económica, México.
- Alchourron, Carlos y Bulygin, Eugenio (1991). *Los límites de la lógica y el razonamiento judicial*, en *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Alexy, Robert (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo).
- Andrés Ibáñez, Perfecto (1992). *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, en *Doxa*, Alicante, num. 12.
- (2000). *Sentencia penal: formación de los hechos, análisis de un*

- caso e indicaciones prácticas de redacción, en *Revista del Poder Judicial*, Madrid, núm. 57.
- Anscombe, G.E.M. (1991) *Intención*, Ed. Paidós, Buenos Aires (trad. de María Isabel Estellino).
- Asencio Mellado, José María (1989) *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Ed. Trivium, Madrid.
- Atienza, Manuel (1991). *Las razones del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1997). *Derecho y argumentación*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, núm. 6, Bogotá.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (1996). *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona.
- Austin, John L. (1990). *Cómo hacer cosas con palabras*, Ed. Paidós, Buenos Aires (trad. de Genaro Carrió y Eduardo Rabossi).
- Black, Max (1984). *Inducción y probabilidad*, Ed. Cátedra, Madrid, Colección Teorema.
- (1975). *Argumentos inductivos autosuficientes* en P.H. Nidditch (compilador), *Filosofía de la ciencia*, Fondo de Cultura Económica, México.
- Bonorino, Pablo Raúl (1993). *Sobre la abducción*, en *Doxa*, Alicante, núm. 14.
- (1999). *Lógica y prueba judicial*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid.
- Brown, Harold I. (1983). *La nueva filosofía de la ciencia*, trad. de Guillermo Solana Díez y Hubert Marraud González, Ed. Tecnos, Madrid, 1983.
- Bunge, Mario (1985) *Racionalidad y realismo*, Alianza Universidad, Barcelona.
- Cohen, Jonathan L. (1998). *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità*, Ed. Giuffrè, Milán.
- Comanducci, Paolo (1992). *La motivazione in fatto*, en G. Ubertis (ed.), *La cognoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè Editore, Milán.
- (1999). *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, ed. Fontamara, México (trad. de Pablo Larrañaga).
- Comman, J.W., Pappas, G.S.; y Lehrer, K. (1990). *Problemas y argumentos filosóficos*, Universidad Autónoma de México, México (trad. de Gabriela Castillo Espáñez, Elizabeth Corral Peña y Claudia Martínez Urrea).
- Dancy, Jonathan (1993). *Introducción a la epistemología contemporánea*, Ed. Tecnos, Madrid (trad. de José Luis Prades Celma).
- Davidson, Donald (1995). *De la acción*, en *Ensayos sobre acciones y sucesos*, Ed. Critica, Barcelona (trad. de Olbeth Hansberg, Jose Antonio Robles y Margarita Valdés).
- Fassone, Elvio (1995). *Dalla "certezza" all' "ipotesi preferibile": Un metodo per la valutazione*, ponencia presentada al *Incontro di studio sul tema: "La prova penale"*, Frascati, 6-8 de noviembre de 1995.
- Feinberg, Joel (1976). *Acción y responsabilidad*, en A.R. White, *La filosofía de la acción*, Fondo de Cultura Económica, México (trad. de Sonia Block Sevilla).
- Ferrajoli, Luigi (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Barcelona (trad. de perfecto Andres Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayon Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocio Cantarero Bandrés).
- Ferrer, Jordi (2000). *Esta probado que p*, ponencia presentada en el Congreso Hispano-Italiano de Teoría del Derecho, Trapani.
- Frank, Jerome (1991). *Derecho e incertidumbre*, trad. de Carlos M. Bidegain, Ed. Fontamara, México.
- García Suárez, Alfonso (1984). *Historia y justificación de la inducción*, nota preliminar a Max Black, *Inducción y probabilidad*, Ed. Cátedra, Madrid, Colección Teorema.
- Gascón, Manna (1999). *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.
- Gonzalez Lagier, Daniel (1994). *Sobre el concepto de causa*, en *Poder Judicial*, Madrid, núm. 33.
- (2000). *Los hechos bajo sospecha (Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial)*, en *Analisi e diritto*, Genova.
- (2001). *Las paradojas de la acción (Acción humana, Filosofía y Derecho)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante.
- Hempel, Carl G. (1973). *Filosofía de la ciencia natural*, Alianza Universidad, Madrid (trad. de Alfredo Deaño).
- Hernández Marín, Rafael (1989). *Teoría General del Derecho y de la Ciencia Jurídica*, PPU, Barcelona.
- (1998). *Replica a "Los presupuestos ontológicos del Derecho" de Daniel González Lagier*, en *Doxa*, Alicante, núm. 21, vol. I.
- Igartua Salaverria, Juan (1995). *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Lifante Vidal, Isabel (1999). *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid.
- MacCormick, Neil (1984). *Coherence in Legal Justification*, en *Weinberger-Festschrift*.
- Mazzarese, Tecla (1996). *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, G. Giappichelli editore, Turín.
- (1995). *Scoperta vs giustificazione. Una distinzione dubbia in tema di decisioni giudiziali*, en *Analisi e diritto*, 1995.
- Mendonça, Daniel (1997). *Interpretación y aplicación del Derecho*, Universidad de Almería, Almería.
- Miranda Estampres, M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona.
- Nagel, Ernest (1981). *La estructura de la ciencia*, Ed. Paidós, Buenos Aires.
- Nino, Carlos (1987). *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Eudeba, Buenos Aires.
- Pérez Lledó, Juan Antonio (1996). *El movimiento de los 'Critical Legal Studies'*, ed. Tecnos, Madrid.
- Pizzi, Claudio (1992). *Objetivité e relativismo nella ricostruzione del fatto: riflessioni logico-filosofiche*, en Giulio Ubertis (ed.), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè Editore, Milán.
- Popper, Karl (1962). *La lógica de la investigación científica*, Ed. Tecnos, Madrid (trad. de V. Sánchez de Zavala).
- Rudner, Richard S. (1980). *Filosofía de la ciencia social*, Alianza Universidad, Madrid (trad. de Dolores Cano).
- Russell, Bertrand (1981). *La filosofía del atomismo lógico*, en J. Muguerza (selección), *La concepción analítica de la filosofía*, Alianza Universidad, Madrid.
- Sanfèlix Vidarte, Vicente (1995). *Percepción*, en *La mente humana*, Ed. de Fernando Broncano, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Ed. Trotta.
- Santoró, Eduardo (1979) *Percepción social*, en *Psicología social*, ed. Trillas, México.
- Searle, John (1980). *Actos de habla*, Ed. Catedra, Madrid (trad. de Luis Valdés Villanueva).
- (1997). *La construcción de la realidad social*, ed. Paidós, Buenos Aires-Barcelona (trad. de Antoni Domènech).
- Strawson, Peter F. (1995). *Libertad y resentimiento*, ed. Paidós, Buenos Aires (trad. de Juan Jose Acero).
- Taruffo, Michelle (1992) *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milán.
- Toulmin, Stephen; Rieke, Richard; y Janik, Allan (1984). *An Introduction to Reasoning*, Macmillan, Nueva York.
- Ubertis, G. (1979). *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milán, 1979.
- Varga, Csaba (1995). *Theory of the Judicial Process*, Akademiai Kiadó, Budapest.
- Von Wright, G.H. (1970) *Norma y acción*, trad. de Pedro García Ferrero, ed. Tecnos, Madrid, 1970.
- (1987). *Explicación y comprensión*, Alianza Editorial, Madrid, 1987.
- Wroblewski, Jerzy (1989) *"Sentido" y "Hecho" en el Derecho*, Servicio Editorial de la Universidad del País vasco, San Sebastián.