

Sobre la motivación de los hechos *

Por RAFAEL DE ASÍS ROIG
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. LA MOTIVACIÓN JURÍDICA.-2. LA MOTIVACIÓN DE LOS HECHOS:
2.1. *La justificación interna.* 2.2. *La justificación externa.* 2.3. *El control del razonamiento fáctico:* 2.2.1. Los criterios de justificación;
2.2.2. Los criterios de corrección.

1. LA MOTIVACIÓN JURÍDICA

En este breve trabajo llevaré a cabo algunas consideraciones genéricas sobre la argumentación judicial centrada en los hechos. Para ello partiré de la diferenciación entre dos grandes tipos de razonamiento jurídico. Por un lado el que se centra en la determinación de hechos, por otro el que aborda el problema de la calificación jurídica de los hechos. Los primeros suelen ser denominados como argumentos fácticos y los segundos como argumentos normativos. Esta diferente denominación parece aceptar la idea de que los argumentos fácticos se desenvuelven sin intervención de normas. Sin embargo, como he señalado en otro lugar¹, esto no es así. Ambos argumentos utilizan enunciados normati-

¹ * Agradezco a F. Javier Ansuátegui y María del Carmen Barranco sus comentarios y sugerencias. El presente trabajo ha contado con una ayuda del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid.

¹ *Vid. Sobre el razonamiento judicial*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.

vos si bien, en los fácticos, el problema principal presente en la utilización de las normas, esto es el de la interpretación, prácticamente no está presente. En todo caso, y a la vista de esto, tal vez sea mejor denominar a los argumentos normativos como argumentos de calificación jurídica.

Por otro lado, es importante ser consciente de que existe un tipo de argumento fáctico especial, el llamado argumento indiciario o por presunciones. Tradicionalmente la peculiaridad de este razonamiento suele situarse en su carácter probable o dicho de otra manera, suele pensarse que este tipo de razonamiento parte de unos datos ciertos y alcanza unas conclusiones probables, frente al resto de las decisiones sobre hechos. Esta distinción puede valer si de lo que se trata es de analizar, por ejemplo, como es la exposición de la motivación de una decisión judicial. Sin embargo, presenta ciertos problemas si lo que se está haciendo es, por ejemplo, examinar la justificación de esa decisión más allá de su exposición. Desde este punto de vista es posible afirmar que todo razonamiento fáctico es probable.

Durante cierto tiempo, los estudios sobre la argumentación jurídica coincidían en resaltar como su campo de análisis se proyectaba en los argumentos de calificación jurídica². Sin embargo, en la actualidad, la investigación del razonamiento jurídico sobre los hechos ha cobrado una singular importancia³.

Este tipo de investigaciones tiene que superar, entre otras, dos tipos de dificultades. La primera es el resultado de entender que las decisiones sobre los hechos se llevan a cabo en el ámbito de un discurso teórico con lo que su análisis no puede hacerse con las herramientas propias de las teorías de la argumentación, al desenvolverse estas en el ámbito del discurso práctico. La segunda es resultado del hecho de que este tipo de decisiones, escapan en muchas ocasiones del control jurídico y permanecen por este motivo ocultas en la «conciencia» de quien decide. Detrás de estas dificultades late la idea de que la decisión sobre hechos no es una decisión susceptible de análisis racional y, por tanto, ni puede ser justificada racionalmente ni puede ser controlada por el Derecho.

Sin embargo creo que se trata de dos dificultades que deben ser superadas. La diferenciación entre la motivación de los hechos y la motivación de la calificación jurídica no es equiparable sin más a la distinción entre hechos y normas. Los referentes para aceptar uno u otro argumento pueden ser distintos pero, en realidad, poseen un sentido genérico muy parecido. En principio es posible pensar que los hechos pueden ser verdaderos o falsos, mientras que las normas váli-

² Vid MARTÍNEZ GARCÍA, J. L., *La imaginación jurídica*, Madrid, Debate, 1992, p. 93.

³ Vid. por ejemplo, en España, desde perspectivas diferentes, IGARTUA SALAVE-RRÍA, J., *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1994; Calvo, J., *Derecho y narración*, Barcelona, Ariel, 1996; GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

das o inválidas. No obstante, los hechos determinados en la decisión son hechos probables cuya virtualidad depende precisamente del grado de probabilidad. Ciertamente, su incursión en el ámbito de la sentencia altera ese carácter convirtiéndose en hechos ciertos al ser así determinados por una autoridad (siendo esto, por otro lado, uno de los rasgos que sirven para individualizar el razonamiento jurídico). Pero nótese que una cuestión similar ocurre con las normas. En efecto, señalé antes que su análisis se hacía en términos de validez. No obstante, conviene ser conscientes de que la idea de validez jurídica es una idea formal que descansa así en la decisión del órgano competente. Sólo de esta manera es posible dar cuenta de cómo, cuando en un caso hay varias interpretaciones en juego que toman como referencia la misma norma, prevalece la del juez, o de cómo cuando existen distintas opciones normativas a escoger prevalece igualmente la elección del juez.

En todo caso, tanto la decisión fáctica como la de calificación utilizan reglas y enunciados normativos que deben ser justificados. Eso sí, los mecanismos de justificación pueden ser distintos y de igual manera el esquema justificatorio. Sin embargo, como ya he señalado, existen grandes similitudes.

En efecto, tanto unos como otros, pueden ser reconstruidos mediante la apelación a una regla que dota de racionalidad a la decisión. En este sentido, su formalización puede hacerse precisamente acudiendo a esa regla y a sus componentes.

Así por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1.^a) de 26 de noviembre de 1997, que trata un caso de delito contra la salud pública, se declara como hecho probado que el procesado era consumidor habitual de heroína, a partir tanto de las declaraciones del imputado y de la policía, como de un parte médico. Es posible reconstruir este tramo de razonamiento partiendo de una serie de datos («las declaraciones del procesado y de la policía y el parte médico señalan que el procesado era consumidor habitual de heroína»), que sirven para alcanzar una conclusión («el procesado era consumidor habitual de heroína»). Por tanto, quien decide ha utilizado una regla que dice: «Si las declaraciones del procesado y de la policía y el parte médico señalan que el procesado era consumidor habitual de heroína, entonces el procesado era consumidor habitual de heroína».

Por su parte, la Sentencia de 17 de julio de 1995 de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 1.^a), relativa a un supuesto de homicidio lleva a cabo un razonamiento de calificación que parte igualmente de un dato («existen dudas fundadas y racionales sobre el modo, forma y desarrollo de los hechos»), y llega a una conclusión («procede su libre absolución»), mediante la utilización de una regla («si existen dudas fundadas y racionales sobre el modo, forma y desarrollo de los hechos, entonces procede su libre absolución»).

La diferencia entre estos dos tipos de decisiones está en la justificación de la regla. En ese sentido, la regla presente en las decisiones sobre hechos es normalmente, dejando a un lado a las normas que se refieren a los medios de prueba y aquellas que funcionan como evidencias jurídicas, una regla que no puede justificarse desde normas jurídicas. En efecto, en el ejemplo visto la regla podría ser justificada apelando a la razonabilidad o a la autoridad de los informes periciales. Por el contrario, la regla presente en las decisiones de calificación se justifica principalmente desde normas jurídicas. Si nos fijamos en el ejemplo propuesto, la regla se justificaría a partir del artículo 24 de la Constitución española.

En todo caso, y en relación con estas últimas, es importante advertir que no siempre ocurre así, ya que en ocasiones la justificación de esas reglas tiene su origen en valoraciones de polémica acogida en el sistema jurídico, en construcciones dogmáticas o jurisprudenciales o a partir de otros elementos.

Veamos dos ejemplos. El primero contenido en la Sentencia de 25 de abril de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 1.^a), en la que se aborda un supuesto de imprudencia temeraria con resultado muerte. Pues bien, en dicha sentencia, y una vez declarado probado que M ha causado la muerte a J de forma no querida, sin cautela, incumpliendo un deber objetivo de cuidado y sin precaución, concluye afirmando que M es autor de un delito de imprudencia temeraria del artículo 565 en relación con el 407 (del antiguo Código Penal español).

En este sentido, la regla utilizada sería: «Si M ha causado la muerte a J de forma no querida, sin cautela, incumpliendo un deber objetivo de cuidado y sin precaución, entonces M es autor de un delito de imprudencia temeraria del artículo 565 en relación con el 407» (del antiguo Código Penal).

Pues bien, la justificación de esta regla se lleva a cabo a través de la caracterización de la imprudencia temeraria llevada a cabo por el Tribunal Supremo que funciona así como elemento de autoridad (aunque ciertamente podría también en este caso operar como una norma más desde la atribución de carácter normativo a la jurisprudencia reiterada y uniforme de dicho órgano).

Un segundo ejemplo lo tomo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 94/93 de 22 de marzo que se pronuncia sobre un problema relativo a derechos de los extranjeros y más en concreto relativo a la libertad de circulación. Pues bien en dicha sentencia se afirma que, «si eres extranjero entonces vas a poder ser tratado de forma desigual en materia de este derecho a los españoles». La justificación de esta regla la lleva a cabo el Tribunal afirmando que: «La libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE y STC 107/1984)».

Como vemos en este segundo ejemplo, el Tribunal lleva a cabo una valoración que, cuanto menos, puede resultar polémica, aunque en todo caso, cumple formalmente con la exigencia de presentarla como derivada del Ordenamiento jurídico. En resumidas cuentas, los criterios de justificación en la calificación asumen en ocasiones la idea de validez y se desenvuelven en un marco normativo en el que existen contenidos deseables y por tanto entra en juego no sólo cuál es la interpretación más deseable sino también cuál es el enunciado normativo más deseable.

2. LA MOTIVACIÓN DE LOS HECHOS

En todo caso, el objeto de estas breves reflexiones no es el razonamiento de calificación sino el razonamiento fáctico. Señalé antes como su estudio choca con una dificultad derivada del escaso control de este tipo de decisiones. Pues bien, una exigencia de todo Estado de Derecho es la de establecer pautas de control de las mismas y su plasmación en la motivación de las sentencias.

Ciertamente, en este punto la distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación desempeña un importante papel. El estudio de la motivación fáctica puede hacerse desde esos dos ángulos. En estas páginas me referiré al contexto de justificación y, dentro de él, al examen de cómo es la justificación de los hechos tal y como ésta es expuesta con carácter general en la decisión judicial, si bien también propondré algunas exigencias de corrección.

2.1 La justificación interna

Conviene advertir que, obviamente, las decisiones fácticas aparecen como justificadas en las sentencias judiciales. Otro problema es el de si esta justificación es suficiente. En efecto, la simple lectura de la determinación de los hechos de una sentencia judicial, permite reconstruir el esqueleto básico de este tipo de decisiones o, lo que en terminología propia de la argumentación jurídica, podemos denominar como justificación interna⁴. No se trata de una cuestión sin importancia ya que a través de ella es posible averiguar las reglas que han servido a quien decide para establecer los hechos. Ahora bien, conviene advertir también que se trata de una motivación insuficiente ya que deja a un lado lo que tal vez sea, desde el punto de vista de la justificación, la cuestión más relevante, esto es, la justificación de la regla utilizada (la justificación externa).

⁴ Vid. WROBLEWSKI, J., *Sentido y hecho en el Derecho*, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 1989, p. 40.

Veamos tres ejemplos. El primero lo tomo del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1994 (RA 763). En él se afirma:

«Nos hallamos, pues, ante un acto típico de tráfico de estupefacientes consistente en el transporte de una cantidad de droga con destino a su transmisión entre terceras personas, *animus* este que se infiere a través de un razonamiento ajustado a las reglas de la lógica y las máximas de experiencia, de los siguientes hechos indiciarios plenamente acreditados: la propia tenencia de la droga..., su cantidad..., su grado de pureza..., la ocultación de la droga en el maletero del vehículo y, finalmente, la circunstancia de no ser ninguno de los acusados consumidor habitual de dicha sustancia.»

Siguiendo con la reconstrucción de los razonamientos llevada a cabo antes, es posible afirmar que en este caso, se han partido de unos datos («sujetos no consumidores habituales de droga transportan una determinada cantidad de ella, con un cierto grado de pureza, oculta en el maletero de un vehículo»), y se ha llegado a una conclusión («los sujetos transportan la droga con destino a su transmisión entre terceras personas»), mediante la utilización de una regla («si sujetos no consumidores habituales de droga transportan una determinada cantidad de ella, con un cierto grado de pureza, oculta en el maletero de un vehículo, entonces los sujetos transportan la droga con destino a su transmisión entre terceras personas»).

El segundo ejemplo lo tomo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya antes aludida y en la que se dice:

«Los médicos forenses se ratificaron en el informe de autopsia y manifestaron en el juicio oral que la causa de la muerte es la rotura cardíaca y que la herida se produce por el propio arpón.»

Pues bien, podemos reconstruir el argumento partiendo de unos datos («los médicos forenses se ratificaron en el informe de autopsia y manifestaron en el juicio oral que la causa de la muerte es la rotura cardíaca y que la herida se produce por el propio arpón»), que sirven a quien decide para adoptar una decisión («la causa de la muerte es la rotura cardíaca y que la herida se produce por el propio arpón»), justificada en la regla, «si los médicos forenses se ratificaron en el informe de autopsia y manifestaron en el juicio oral que la causa de la muerte es la rotura cardíaca y que la herida se produce por el propio arpón, entonces la causa de la muerte es la rotura cardíaca y que la herida se produce por el propio arpón».

El tercer ejemplo es tomado de M. Atienza⁵. A y B son dos personas (hombre y mujer respectivamente), que viven en un piso, en el

⁵ Vid. *Las razones en el Derecho*, Madrid, Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 37 y 38.

que, en un registro de la policía, es encontrada cierta cantidad de droga. El abogado de B sostiene que a pesar de vivir juntos, entre ellos sólo hay una relación de amistad y B no conocía de la presencia de la droga. Sin embargo, en la sentencia se considera como hecho probado que B conocía esta existencia. Como señala Atienza, de forma esquemática el argumento sería el siguiente ⁶:

- Sólo había una cama deshecha en la casa.
- Eran las 6 de la mañana cuando ocurrió el registro.
- Toda la ropa y efectos personales de A y B estaban en la misma habitación en que se encontraba la cama.
- Meses después A se refiere a B como «mi mujer».
- Por tanto, en la época en que se efectuó el registro A y B mantenían relaciones íntimas (y, en consecuencia, B conocía la existencia de la droga).

Pues bien, la decisión («en la época en que se efectuó el registro A y B mantenían relaciones íntimas y, en consecuencia, B conocía la existencia de la droga»), a la vista de los datos de los que se parte («sólo había una cama deshecha en la casa, eran las 6 de la mañana cuando ocurrió el registro, toda la ropa y efectos personales de A y B estaban en la misma habitación en que se encontraba la cama y meses después A se refiere a B como «mi mujer»), estaría justificada en la regla, «si sólo había una cama deshecha en la casa, eran las 6 de la mañana cuando ocurrió el registro, toda la ropa y efectos personales de A y B estaban en la misma habitación en que se encontraba la cama y meses después A se refiere a B como «mi mujer», entonces en la época en que se efectuó el registro A y B mantenían relaciones íntimas (y, en consecuencia, B conocía la existencia de la droga)».

Es importante advertir que aunque para algunos los esquemas argumentativos anteriores se desenvuelvan en el ámbito de la lógica formal esto no es así necesariamente.

Por otro lado, se habrá advertido que de los tres ejemplos vistos, dos de ellos, el primero y el tercero, se desenvuelven en el ámbito del razonamiento indiciario. Tradicionalmente suele entenderse que este tipo de razonamiento es especial porque no puede ser considerado como un argumento deductivo (a pesar de que hay pronunciamientos judiciales que lo describen de esta forma). En realidad, el razonamiento indiciario es probable al igual que lo es todo razonamiento fáctico. Su especificidad radica, por un lado, en su mayor margen de subjetividad (cuestión que puede ser controvertida), y por otro, en la caracterización que ha hecho del mismo la doctrina y la jurisprudencia asumiendo lo anterior y exigiendo un mayor control en su realización. Pero en todo caso, su exposición puede hacerse desde los esquemas genéricos de todo razonamiento fáctico.

⁶ Vid. *op. cit.*, p. 38.

2.2 La justificación externa

Seguramente, el problema principal de los ejemplos anteriores, y que fue ya apuntado, es la ausencia de la justificación de la regla. Aunque también podría pensarse que otro de los problemas es la falta de explicitación de la regla que, como vemos, hemos tenido que reconstruir.

2.2.1 Los criterios de justificación

En todo caso, es posible apelar a cuatro tipos diferentes de criterios de justificación de las reglas utilizadas en las decisiones de carácter fáctico: el inductivo, el de la razonabilidad, el de la probabilidad y el de autoridad.

El criterio inductivo se apoya en el razonamiento inductivo. Se trata de un tipo de razonamiento enormemente polémico⁷ y en el que, por otro lado, es posible incluir algunos de los criterios a los que más adelanté aludiré. Ahora bien, las críticas más comunes se han dirigido a la forma de entender la conclusión de la inducción y no tanto a la existencia de un tipo de razonamiento inductivo. Es decir, el cuestionamiento de la inducción se produce desde su incapacidad para alcanzar conclusiones ciertas.

El razonamiento inductivo, tal y como aquí se expondrá de forma simple y partiendo de la representación que del mismo hace Ch. Peirce⁸, permite lograr conclusiones sólo probables y razonables. No obstante, como ya señalé antes, en el contexto jurídico, al ser adoptado por una autoridad puede ser alterado ese carácter. Y en todo caso, sirve para aumentar la fuerza de la regla utilizada. Como han señalado M. Cohén y E. Nagel, «si bien el razonamiento inductivo no demuestra -en el sentido estricto- una proposición universal, en cambio puede probar que de todas las hipótesis propuestas, ella es la que tiene mejores elementos a su favor»⁹.

El criterio inductivo de justificación de las reglas es apropiado como camino de apoyo a las máximas de la experiencia.

Veamos su formalización desde otro ejemplo de razonamiento fáctico. Este lo tomo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén

⁷ Vid. al respecto GRACÍA SUÁREZ, A., «Historia y justificación de la inducción», en BLACK, M., *Inducción y probabilidad*, Madrid, Cátedra, Madrid, pp. 11 ss.

⁸ Vid. PEIRCE, Ch., *Deducción, inducción e hipótesis*, trad. de J. MARTÍ RUIZ-WERNER, Buenos Aires, Aguilar-Argentina, 1970. Sobre las diferentes formas de entender el razonamiento inductivo vid. BUNGE, M., *La investigación científica*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 861 y 862.

⁹ COHÉN, M. y Nagel, E., *Introducción a la lógica y al método científico*, T. II, trad. de N. A. MÍNGUEZ, Buenos Aires, Amorrortu, 1983, p. 110. Vid. también, PEIRCE, Ch. S., *op. cit.*, p. 63; COHÉN, L. J., *The Probable and The Provable*, Oxford, Clarendon Press, 1977, pp. 122 ss.

(Sección 1.^a) de 14 de marzo de 1996, en la que se trata también un delito contra la salud pública. Pues bien, uno de los tramos de razonamiento que aparecen expuestos llega a la conclusión de que el sujeto llevaba droga con intención de transmitir a terceros, partiendo de una serie de datos: el sujeto lleva una cantidad notoria de droga que ha adquirido realizando un largo viaje y que está oculta en su vehículo. Pues bien, es posible reconstruir la regla utilizada como sigue: «Si un sujeto lleva una cantidad notoria de droga que ha sido adquirida realizando un largo viaje y que está oculta en su vehículo entonces el sujeto lleva la droga con intención de transmitirla a terceros.»

Pues bien la forma de explicitar el criterio inductivo sería como sigue:

Caso: En un supuesto pasado, un sujeto lleva una cantidad notoria de droga que ha adquirido realizando un largo viaje y que está oculta en su vehículo.

Resultado: En ese supuesto, el sujeto lleva la droga con intención de transmitirla a terceros.

Caso: En otro supuesto pasado, un sujeto lleva una cantidad notoria de droga que ha adquirido realizando un largo viaje y que está oculta en su vehículo.

Resultado: En ese otro supuesto, el sujeto lleva la droga con intención de transmitirla a terceros.

Regla: «Si un sujeto lleva una cantidad notoria de droga que ha sido adquirida realizando un largo viaje y que está oculta en su vehículo, entonces el sujeto lleva la droga con intención de transmitirla a terceros.»

Un segundo criterio es el de la razonabilidad. A pesar de que bajo la esfera de la razonabilidad podría ser incluida prácticamente la totalidad de los criterios de justificación su sentido original se identifica con la llamada reducción al absurdo. Así en el ejemplo visto, consistiría en defender el enunciado normativo afirmando que otra conclusión es absurda.

Es decir, el proceso, sería el siguiente:

- Se afirma: «Si un sujeto lleva una cantidad notoria de droga que ha sido adquirida realizando un largo viaje y que está oculta en su vehículo entonces el sujeto lleva droga con intención de transmitirla a terceros».

- Se afirma: «Si un sujeto lleva una cantidad notoria de droga que ha sido adquirida realizando un largo viaje y que está oculta en su vehículo entonces el sujeto lleva droga sin intención de transmitirla a terceros».

- Se afirma que el enunciado anterior implica por ejemplo que el sujeto quería destruir la droga por considerarla perjudicial para la salud o que iba a entregarla a la policía por los mismos motivos.

- Se afirma que lo anterior es absurdo.

- Se confirma el enunciado primero.

Como se podrá observar lo relevante de este criterio está en el peso de las razones que justifican la consideración de lo absurdo y que necesariamente deberían explicitarse. Esto es, el por qué es absurdo pensar en que el sujeto llevaba la droga para destruirla o para entregarla a la policía. Lo que más adelante será denominado como criterios de corrección de primer nivel desempeñan en este punto un importante papel.

El criterio de la probabilidad justifica la regla mediante la medición de su probabilidad¹⁰. En el supuesto analizado este criterio de justificación examinaría la probabilidad objetiva existente de que, dados los hechos, se llegase a la conclusión expuesta en la regla. Aun siendo conscientes de las diferentes críticas que pueden ser vertidas hacia su utilización, no debe ser pasado por alto que se trata de procesos que vienen a apoyar en mayor medida una regla, por lo que su utilización sirve para mejorar y afianzar la argumentación.

Por último, el criterio de autoridad consiste en justificar la regla en la opinión de un experto o de un perito. Es decir, consistiría en justificar la regla afirmando que se trata de la consideración de un experto en comportamientos de tráfico de droga. El criterio de autoridad consiste, por tanto, en justificar la regla afirmando básicamente que se trata de un enunciado producido por un sujeto o un órgano dotado de la consideración de autoridad. Así, podrían entrar en este supuesto los informes de peritos, expertos, forenses, doctrina científica, normas de otros sistemas jurídicos y, también, decisiones judiciales (si bien estas podrían ser consideradas también en otros criterios de justificación). Precisamente, en el supuesto tomado como ejemplo, la Audiencia señala a la jurisprudencia del Tribunal Supremo como justificación de la regla empleada («se debe estimar que así y como viene manteniendo el Tribunal Supremo...»). Al igual que ocurría con el resto de criterios las razones que sirven para considerar al sujeto o al órgano como autoridad deben hacerse explícitas. A ello aluden precisamente los criterios de corrección.

2.2.2 *Los criterios de corrección*

Junto a la exigencia de contar con criterios de justificación de las reglas, es posible también defender la existencia de una serie de criterios de corrección que se proyectan sobre la motivación de los hechos. Diferenciaré entre criterios de corrección de primer nivel y de segundo nivel. Los primeros se proyectan sobre las reglas justificadas a través de los criterios ya expuestos; los segundos sobre todos los criterios (ya sean de justificación o de corrección).

¹⁰ Vid. mi libro *Sobre el razonamiento judicial*, cit, pp. 130 ss. También GASCÓN ABELLÁN, M., *op. cit.*

De esta forma, los criterios de corrección de primer nivel señalan exigencias que deben ser tenidas en cuenta por las reglas utilizadas. Señalaré tres: atención al precedente, autoprecedente y aceptabilidad.

El criterio de atención al precedente expresa la exigencia de mantener las reglas anteriores o en su defecto, de justificar su cambio. Este criterio se deduce con meridiana claridad de la exigencia de tutela jurídica efectiva y más en concreto del principio de igualdad (tanto en su dimensión formal cuanto en su dimensión material) y del de seguridad jurídica o más en concreto del carácter predecible que debe poseer todo pronunciamiento jurídico al menos como exigencia ideal. Además la exigencia de racionalidad que acompaña la idea moderna de Derecho y los rasgos de un Estado de Derecho avalan este criterio¹¹.

El criterio que denomino como de coherencia a futuro expresa la exigencia de adoptar reglas que se vayan a mantener en razonamientos posteriores que se desenvuelvan en idénticas o similares circunstancias. Se relaciona con una de las reglas fundamentales que presiden el discurso práctico general en la teoría de la argumentación de Robert Alexy y que es enunciada como sigue: «Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a a en todos los aspectos relevantes»¹².

El criterio de la aceptabilidad expresa la exigencia de que la regla sea presumiblemente aceptada por los miembros de la comunidad jurídica a la que se dirige. Esto obliga a quien decide a situarse en la posición de aquellos a los que se dirige y a plantearse si estos aceptarían la decisión. Este criterio ha sido formulado por Aulius Aarnio vinculándolo al examen de las consecuencias de la decisión y proyectándolo en el ámbito de la dogmática jurídica, de la siguiente manera: «la dogmática jurídica debe intentar lograr aquellas interpretaciones jurídicas que pudieran contar con el apoyo de la mayoría en una comunidad jurídica que razona racionalmente»¹³.

Los criterios de corrección de segundo nivel expresan exigencias sobre el uso tanto de los criterios de justificación como de los criterios de corrección de primer nivel. También haré referencia a tres: explicitación, saturación y no refutación.

El criterio de explicitación exige que quien decide haga públicas las reglas y los criterios (de justificación y de corrección) que sirven para

¹ Vid. al respecto Asís ROIG, R., *Jueces y normas*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 244 ss.

¹² ALEXY, R., *op. cit.*, p. 185.

¹³ AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, versión castellana de E. GARZÓN VALDÉS, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 286. Se trata así de un criterio relacionado con lo que MacCormick denomina como justificación en relación con el mundo real. Vid. MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pp. 129 ss.

motivar su decisión. Aunque parece un requisito obvio de la argumentación, hemos visto que no se satisface en el ámbito de la decisión judicial. Le corresponde a quien decide mostrar las reglas y los criterios y no dejar esta tarea a quien analiza la decisión¹⁴.

El criterio de saturación alude a una de las exigencias de la teoría de la argumentación de Robert Alexy: el requisito de saturación. Para este autor se trata de la exigencia de poner de manifiesto todas las premisas utilizadas en un argumento¹⁵. En todo caso, el requisito de saturación exige pues no sólo la utilización de estos criterios sino el que éstos sean manifestados en la motivación de la decisión.

El criterio de no refutación se relaciona con la exigencia que, en el ámbito de la motivación de las hipótesis, ha sido expuesta con ese nombre por Marina Gascón: «Decir que una hipótesis no ha sido refutada significa que las pruebas disponibles no se hallan en contradicción con ella. Por eso, justificar que la hipótesis no ha sido refutada supone, en definitiva, demostrar que no ha habido contrapuebas (de la hipótesis) o que las eventuales contrapuebas han sido destruidas»¹⁶. Ahora bien, el sentido de esta exigencia en la obra de la profesora Gascón se proyecta sobre la regla de la decisión. El criterio de la no refutación, tal y como será aquí entendido, tiene que ver también con los criterios de justificación de la regla, o, dicho de otra manera con el peso o la credibilidad de estos criterios. Así, en este sentido, lo que exige este criterio es tener en cuenta los posibles datos que pueden llegar a desvirtuar los criterios de justificación. Por ejemplo, el que aquello que ha sido considerado como autoridad no lo sea. Este criterio tiene que ver con el llamado control de la fiabilidad probatoria, entendido como la actividad cuya finalidad consiste en dar cuenta de la eficacia probatoria de un medio de prueba¹⁷.

2.3 El control del razonamiento fáctico

El análisis de los diferentes elementos del proceso de decisión en su vertiente fáctica conduce a afirmar que puede ser descrita de forma racional y por tanto, que es posible controlar, al menos en cierto grado, su exposición. Sin embargo, esta exigencia de motivación no está clara en el Ordenamiento y además cuenta con la oposición de numerosos autores. Incluso se ha llegado a afirmar que: «el tribunal debe abstenerse de recoger en su narración histórica la resultancia aislada de las pruebas practicadas... y, con mucho mayor motivo, el aná-

¹⁴ Vid. IGARTUA SALAVERRÍA, J., *op. cit.*, pp. 201 ss.

¹⁵ Vid. ALEXY, R., *op. cit.*, p. 236.

¹⁶ GASCÓN ABELLÁN, M., *op. cit.*, p. 220.

¹⁷ Vid. al respecto, GASCÓN INCHAUSTI, R., *El control de la fiabilidad probatoria: «Prueba sobre la prueba en el proceso penal»*, Valencia, Revista General de Derecho, 1999, p. 29.

lisis o valoración de las mismas, totalmente ocioso e innecesario dada la soberanía que la ley concede para dicha valoración y que debe permanecer incógnita en la conciencia de los juzgadores y en el secreto de las deliberaciones... el tribunal no puede ni debe dar explicaciones del por qué llegó a las conclusiones fácticas...»¹⁸.

No obstante, el carácter de probabilidad presente en las decisiones fácticas subraya la necesidad de su control al implicar un margen de incertidumbre y de valoración. No es de extrañar así que en alguna ocasión, el Tribunal Supremo se haya referido a la oportunidad de controlar en casación algunos de los elementos de este tipo de decisiones. Sirvan dos ejemplos. En la Sentencia de 19 de enero de 1988 (RA 383) se afirma: «La observancia de las reglas de la lógica y de los principios de la experiencia en el marco del criterio racional es, en principio, controlable en casación, pues dicho control se limita al razonamiento explícito o implícito de la Sentencia... La posibilidad de revisión casacional de la estructura lógica del razonamiento mediante el que el Tribunal de instancia deduce de la prueba practicada la autoría del acusado, no encuentra obstáculo alguno en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento criminal. No sólo porque de acuerdo con las premisas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se debe entender que ésta es la interpretación conforme a la Constitución de los artículos 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, sino también porque sólo de esa manera es posible mantener una adecuada diferencia entre libre convicción y arbitrariedad, impuesta por el Estado de Derecho»¹⁹. Por su parte, en la Sentencia de 15 de abril de 1989 (fj. 2.º, RA 3355), el Tribunal refiriéndose «a las deducciones e inducciones que el Tribunal puede realizar a partir de los hechos que ha percibido directamente en el juicio oral», ha afirmado: «Estas inferencias pueden ser controladas en la casación precisamente porque no dependen sustancialmente de la inmediación, sino de la corrección del razonamiento que se debe fundar en las reglas de la lógica, en los principios de la experiencia y, en su caso, en conocimientos científicos. Por tanto, en la medida en que el Tribunal de casación tiene completo acceso a ese razonamiento puede verificar en cada caso la corrección de las conclusiones»²⁰.

En definitiva el Tribunal Supremo ha afirmado que, la estimación

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1978, RA 417.

¹⁹ Vid. también las Sentencias de 23 de marzo de 1988, RA 2083; 29 de junio de 1988, RA 3355; 24 de septiembre de 1990, RA 7226; 8 de marzo de 1991, RA 1936.

²⁰ Y esto se acrecienta cuando se trata de prueba indiciaria o de presunciones. Vid. en este sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1991, fj. 2.º, RA 4527, y de 30 de octubre de 1991, fj. 2.º, RA 7468. Así, parece que en ciertas decisiones se ha distinguido a efectos de control en casación entre lo que FERRAJOLI denomina juicio sobre el hecho y el juicio sobre el juicio (Para este autor «resulta claro que el juicio sobre la motivación forma un todo con el juicio de legalidad; y que el control, sobre la consistencia (no ya de las pruebas) sino del razonamiento probatorio, es todo uno con las garantías de legalidad». «I valori del doppio grado e della

en conciencia debe ajustarse «a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, fiel a los principios del conocimiento y de la ciencia, a las máximas de la experiencia, a las reglas de la sana crítica, que aboque en una historificación de los hechos en adecuado ensamblaje con un acervo de mayor o menor aptitud de datos acreditativos o reveladores que haya sido posible concentrar en el proceso» (Sentencia del Tribunal Supremo 4 de abril de 1989, fj. 4.º, RA 3014). Así, «valoración de la prueba en conciencia o íntima convicción del juzgador quiere decir sin duda, libertad de apreciación de la prueba, pero no prescindir de la misma ni de su análisis...» (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1991, fj. 5.º, RA 4537).

Ahora bien, este tipo de control, que como he señalado es controvertido, parece proyectarse única y exclusivamente en la justificación interna de la decisión fáctica. Sin embargo, no parece que deba restringirse el ámbito de la motivación y su control. Como ha señalado P. Andrés Ibáñez, la exigencia de motivación de toda actuación obligaría al juzgador a operar desde el principio con unos «parámetros de racionalidad expresa y de conciencia automática mucho más exigentes», ya que, «no es lo mismo resolver conforme a una corazonada, que hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados»²¹.

nomofilachia», en *Democrazia e Diritto, Supplemento al n. 1*, 1992, pp. 34 ss.), destacando que este último puede ser controlable en casación.

²¹ Vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, R., «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», en *Doxa*, núm. 12, 1992, pp. 290 y 291.