

Marina Gascón Abellán

. (Universidad de Castilla-la Mancha)

Sumario: 1. Planteamiento. 2. El conocimiento de los hechos en la ciencia jurídica de los últimos siglos. 3. Un modelo epistemológico de fijación judicial de los hechos. 4. Terminología sobre la prueba. 5. La naturaleza del conocimiento judicial de hechos. 6. El carácter institucionalizado de la fijación judicial de hechos. 7. La valoración de la prueba.

1. Planteamiento.

La teoría de la argumentación, que tan espectacular desarrollo ha experimentado en las últimas décadas, ha dedicado una escasa atención al juicio de hecho. Prueba de lo que acaba de decirse es que, al ojear las bibliotecas jurídicas, se constata que la mayor parte de las preocupaciones de los juristas se han centrado en los problemas de interpretación de las normas, asumiendo -implícita o explícitamente- que el conocimiento de hechos no plantea especiales problemas o que, planteándolos, está irremediabilmente abocado a la discrecionalidad extrema cuando no a la pura y simple arbitrariedad judicial. Un análisis mínimamente reflexivo sobre el proceso de conocimiento y fijación de los hechos no puede dejar de poner de relieve, sin embargo, que el juicio de hecho es tan problemático o más que el juicio de derecho; que en él la discrecionalidad del juez es a menudo mayor que en la interpretación de las normas; que es, en fin, el momento de ejercicio del poder judicial donde el juez es más soberano y donde, en consecuencia, puede ser más arbitrario. Por ello, si la teoría de la argumentación quiere ser mínimamente completa no puede dejar de prestar atención al juicio de hecho.

Aun cuando no parece que el pensamiento jurídico se haya hecho cargo en todo momento de los debates epistemológicos sobre el conocimiento de hechos, la construcción de la premisa menor del razonamiento judicial debe recurrir necesariamente a los esquemas propios de la epistemología general. Lo que sigue pretende ser únicamente una reflexión sobre el fenómeno probatorio judicial a partir de un modelo epistemológico de tipo cognitivista desde el que poder, de un lado, analizar la praxis probatoria y los modelos legales existentes y, de otro, avanzar en su

caso propuestas normativas. No se pretende -esto es obvio exponer un modelo argumentativo de prueba, sino tan sólo pergeñar algunas ideas sobre el mismo que contribuyan a arrojar alguna luz sobre esa "zona oscura" del razonamiento judicial que contradice profundamente cualquier modelo judicial que quiera ser respetuoso con la libertad de los particulares; que -remedando la expresión de R.Dworkin- se tome "los límites del poder en serio".

2. El conocimiento de los hechos en la ciencia jurídica de los últimos siglos.

Aunque los paradigmas del conocimiento jurídico no siempre han caminado al compás de la epistemología dominante, la Ilustración es quizá uno de esos momentos en que cabe hablar de una unidad del saber, del desarrollo conjunto de todas las áreas del conocimiento bajo un sello unitario: el imperio de los hechos¹. En el campo del pensamiento jurídico, el culto al hecho postula una limitación de lo jurídicamente relevante (sobre todo en materia punitiva) a lo fenoménico y causal, algo que aparece estrechamente unido al proceso de secularización que postula, frente a la prueba irracional o de ordalía propia del procedimiento inquisitivo anterior², la separación entre las ideas de delito y de pecado y que definitivamente desplaza los vicios morales o de carácter como base de cualquier reproche jurídico. Esta es una de las principales herencias ilustradas que reconoce el garantismo penal de nuestros días.

Ahora bien, en consonancia con esa epistemología general -que a raíz sobre todo de la crítica de Hume había levantado acta de la naturaleza falible del conocimiento empírico de hechos pasados-, ese papel protagonista que se atribuía a los hechos no implicaba, sin embargo, una creencia acrítica en la infalibilidad de los resultados probatorios. Los juristas de la Ilustración conocían que el juez puede engañarse y desgraciadamente se engaña a menudo³; "que las pruebas evidentes, indubitables, demostrativas, son harto raras en la práctica; y que las circunstancias de los hechos no resultan siempre con la evidencia que es menester"⁴. Conocían, en definitiva, que los hechos no son demostrables deductivamente a partir del material probatorio, de manera que la certeza de los mismos nunca es absoluta, sino, si acaso, relativa, y que precisamente por ello el

¹ Se trata de una especie de generalización del paradigma newtoniano (G.Gusdorf, *Les principes de la pensée au siècle des lumières*, París, Payot, 1971, pp.180-83). Voltaire, cuya fama en Francia comienza por su apología de Newton, lo expresaba de modo rotundo: "nada sabemos del mundo, si no es por la experiencia" ("El filósofo ignorante" [1766], en *Opúsculos satíricos y filosóficos*, ed. de C.R.Dampierre, Madrid, Alfaguara, 1978, p.112).

² En opinión de Ferrajoli, el modelo de prueba legal o tasada y, en conjunto, todo el procedimiento inquisitivo no sería sino una prolongación de la prueba irracional o de ordalía, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), con prólogo de N.Bobbio, trad. de P.Andrés, A.Ruiz Miguel, J.C.Bayón, J.Terradillos y R.Cantarero, Madrid, Trotta, 1995, pp.135 ss.

³ J.Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, obra compilada de los manuscritos del autor por E.Dumont (1823), trad. de M.Ossorio, Buenos Aires, EJE, 1971, vol.II, p.130.

⁴ J.P.Forner, *Discurso sobre la tortura* (1792), ed. de S.Mollfullada, Barcelona, Crítica, 1990, p.172.

juez "no podrá jactarse de conocer perfectamente la verdad"⁵. En suma, la filosofía ilustrada insistió reiteradamente en la fisonomía probabilística que revestía el conocimiento de los hechos y, por tanto, en la posibilidad del error judicial y de la condena del inocente⁶.

Con todo, quizás la consecuencia más significativa de asumir el carácter probabilístico de los resultados probatorios fue el cambio que se operó en el modelo de valoración de las pruebas. La convicción de que el conocimiento de los hechos proporciona sólo probabilidad y no certeza absoluta supuso un abandono de los modelos de prueba legal, instalados sobre una concepción demostrativa de la prueba, y una apertura hacia esquemas valorativos basados en la convicción judicial, instalados en una concepción inductiva de la prueba, o sea en un esquema probatorio que no se resuelve en conclusiones necesarias sino sólo probables. Más exactamente, puesto que todo lo que puede afirmarse de la ocurrencia de los hechos del pasado es su probabilidad, el principio ilustrado de la libre convicción significaba que la decisión de dar por probado un hecho pertenece sólo al juzgador, cuando entienda que puede afirmarse su verdad (su alta probabilidad) a la luz del material probatorio existente. Es significativa, a este respecto, la contundencia con que los autores ilustrados arremetieron contra el uso "cuantificado" y "estrabótico" de las medias, cuartas y octavas partes de prueba⁷.

Pero si la cultura jurídica de la Ilustración parecía acompasada con la epistemología dominante, después de la Ilustración la ciencia y la praxis procesal del continente parecen recuperar los esquemas de la más tosca epistemología positivista, que, al concebir el conocimiento como un proceso guiado por reglas seguras, confía en la obtención de una certeza absoluta. Este divorcio entre epistemología dominante y ciencia y praxis procesal se manifiesta sobre todo en el significado que se terminó atribuyendo a la "libre valoración de la prueba". El principio revolucionario de la libre convicción sufrió una evolución que Ferrajoli no duda en calificar como "una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales"⁸. La libre convicción suponía que el carácter probable y en sí mismo nunca suficiente de la prueba había de complementarse con el convencimiento del juez, pero no que éste pudiera

⁵ Voltaire, *Diccionario filosófico*, Madrid, Temas de Hoy, 1995, vol.II, voz "verdad", p.610.

⁶ Este último es un aspecto que merece destacarse, porque la apelación al error judicial fue uno de los argumentos predilectos en favor de la abolición de la pena capital y de la reforma de las leyes penales y procesales. Es verdad que el origen de esos errores se imputaba al procedimiento inquisitivo y a las prácticas judiciales de la época, pero sin duda reposaba también en la concepción probabilística del conocimiento de hechos.

⁷ En algunas partes -escribía Voltaire- "se admiten las medias pruebas, que no son en realidad más que dudas, pues es sabido que no existen medias verdades; pero en Toulouse se admiten las cuartas y octavas partes de pruebas. Por ejemplo, un he oído decir, puede ser considerado como un cuarto de prueba, y otro he oído decir un poco más vago, como una octava parte; de modo que ocho rumores, que no son en realidad más que el eco de un rumor mal fundado, pueden componer una prueba completa", Comentario sobre el libro "de los delitos y de las penas" por un abgado de provincias (1766), editado en C. Beccaria *De los delitos y de las penas*, con el comentario de voltaire, Madrid, Alianza, 1986.

⁸ L.Ferrajoli, *Derecho v razón*, cit., p.139.

realizar una valoración libre o independiente de los medios probatorios. Pero esto último es aproximadamente lo que sucedió: la libre convicción se convirtió en una especie de momento íntimo, místico, capaz de suplantar a las pruebas o, cuando menos, de permitir su ponderación discrecional y no discutible.

Es esta interpretación de la libre convicción como valoración libre lo que ha permitido a la Ciencia y a la praxis procesal eludir el enorme problema de justificación de la inducción. Y el resultado es el que cabía esperar. Sin necesidad de atender a ninguna construcción epistemológica depurada, el pensamiento jurídico logró tener una magnífica imagen de sí mismo. En otras palabras, la concepción que suelen tener los juristas sobre de los hechos enjuiciables "consiste simplemente en dar por descontada la posibilidad de que en el proceso se asegure su verdad"⁹, y quizás a ello obedezca ese descuido que han mostrado las teorías de la interpretación hacia lo que constituye la premisa menor del razonamiento. No deja de ser significativo, en este aspecto, la inclinación forense a atribuir a los juicios de hecho una naturaleza "deductiva", "demostrativa" o "analítica". En suma, «los hechos son los hechos y no necesitan ser argumentador» podría ser el lema de este positivismo sin matices, tras el que late una acrítica confianza en las posibilidades de la razón empírica.

Pero en el pensamiento jurídico y en la Ciencia procesal postilustrada también cabe encontrar reflejos de las epistemologías post-positivistas, o subjetivistas en general, según las cuales no hay hechos "brutos", sino sólo "teóricos", interpretados a partir de teorías o juicios de valor; es decir, de aquellas epistemologías que impugnan el realismo epistemológico en cuanto posición que sostiene que la "objetividad" del conocimiento de hechos no deriva de nuestros esquemas de pensamiento sino de ser un reflejo del mundo y que la verdad, por tanto, alude a la correspondencia entre nuestras creencias y el mundos¹⁰. La influencia más decisiva o profunda de las epistemologías subjetivistas en el pensamiento jurídico procesal aparece en aquellas propuestas que, bien postergan el conocimiento de los hechos en favor de otras finalidades prácticas, desvinculando la verdad procesal de la verdad real, bien llevan el subjetivismo a tal grado de intuicionismo que arruinan cualquier posibilidad de control racional.

La primera tesis ha encontrado reflejo jurídico sobre todo en el ámbito del *common law*, donde pueden detectarse posiciones para las que el objetivo del proceso no es la averiguación de la verdad. Se trata de posiciones ideológicas que se conectan a la teoría del *adversary system* y que privilegian el valor de la confrontación entre las partes hasta convertirlo en la única finalidad

⁹ M.Taruffo, "Note sulla verité dei fatti nel processo civile", en *Le ragioni del garantismo*, L.Gianformaggio (ed.), Turín, Giappichelli, 1993, p.361.

¹⁰ Vid., por ejemplo, N.R.Hanson, *Patrones de descubrimiento. Observación y explicación (1958-1971)*, Madrid, Alianza, 1977; o T.S.Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas (1962)*, Méjico, FCE, 1975.

del proceso¹¹. Es evidente que en la práctica estas posiciones descansan sobre una concepción de la verdad en virtud de la cual verdadero es lo que resulta probado en el proceso.

Pero el reflejo jurídico más devastador de las epistemologías subjetivistas tal vez lo constituyan las tendencias antiformalistas, para las que la prueba es una actividad esencialmente subjetiva y por ello irracional o incontrolable. Estas tendencias encuentran su versión más extrema en una parte del "realismo jurídico americano"; en concreto, en el llamado "escepticismo ante los hechos", que al exaltar la función creadora del juez en la valoración de la prueba aboca a un subjetivismo epistemológico y hace prácticamente inviable la aspiración a determinar cuáles han sido realmente los hechos acaecidos¹².

Podría decirse, pues, que tanto la ciencia procesal postilustrada del Continente como la del *Common Law* llevan a cabo una identificación entre "verdad objetiva" y "verdad procesal", si bien en cada caso por razones distintas. Allí, la identificación se asentaba en una epistemología realista acrítica: la verdad procesal es la expresión o reflejo de la verdad objetiva, porque los procedimientos de conocimiento de los hechos proporcionan (o se opera con la ideología de que proporcionan) resultados infalibles. Aquí, la identificación se asienta justamente en lo contrario, en una epistemología subjetivista extrema que impugna la idea de conocimiento objetivo de base observacional: no hay más verdad que la procesalmente conocida y declarada.

De las consideraciones hechas hasta aquí se diría que estamos en un callejón sin salida. O se comulga con un realismo epistemológico sin matices que la epistemología post-positivista

pero a cambio no se renuncia a la la verdad, también en el proceso

abrazan postulados filosóficos de corte subjetivista, pero entonces la verdad es sencillamente un ideal inalcanzable, y la prueba, en cuanto procedimiento enderezado al descubrimiento de unos hechos pasados, es un sinsentido. Tal dilema, sin embargo, es infundado y no debe aceptarse sin más. Existe, como poco, una tercera vía.

Esta tercera vía consiste en la adopción de un paradigma epistemológico que, tomando en serio las tesis post-positivistas sobre la carga teórica de la observación, no renuncie sin embargo a un cierto realismo. El "realismo interno" general los llamados "realismos disminuidos" podrían constituir un ejemplo de ello: "que sólo podamos hablar acerca del mundo a través de nuestros esquemas conceptuales sólo significa que nuestras representaciones del mundo real son siempre parciales e incompletas, no que carezca de sentido suponer que representan algo independiente de ellas mismas"¹³. En otras palabras, que las epistemologías subjetivistas hayan resquebrajado la fe

¹¹ Vid. Landsman, *The adversary system. A description and defense*, Whashington-Londres, 1984, pp.36 ss.

¹² Vid. fundamentalmente J.Frank, *Law and the Modern Mind* (1930), Gloucester, Mass., Peter Smith, 1970.

¹³ M.A.Quintanilla, *Introducción al libro de H.Putnam, Las mil caras del realismo* (1987), Barcelona, Paidós, 1994, p.82.

en un absoluto epistemológico no autoriza a abdicar de la "objetividad" del conocimiento, pues "ninguna persona cuerda debería creer que algo es «subjetivo» meramente porque no puede ser situado más allá de la controversia"¹⁴. Así pues, ni abandono de un cierto realismo, aunque debamos ser conscientes de la carga conceptual de nuestra descripción del mundo, ni abdicación de la idea de conocimiento objetivo, aunque se trate de una objetividad tamizada por el concepto de probabilidad.

Por lo demás, en los planteamientos más reflexivos de la actualidad se aprecia una convergencia entre los distintos sistemas legales bajo el perfil epistemológico que constituye un acercamiento a este paradigma: primero, porque todos los sistemas, incluso los del "civil law" que habían confiado en la posibilidad de obtener una verdad objetiva e incuestionable en el proceso, son conscientes de la naturaleza "contaminada" del conocimiento de hechos y de la estructura probabilística de la verificación. Segundo, porque todos los sistemas, incluso los del "common law" sobre los que se había levantado la concepción subjetivista más extrema, conciben el procedimiento de valoración de la prueba como verificación (en términos de probabilidad) de las distintas hipótesis de reconstrucción de los hechos¹⁵. En suma, es posible concebir la fijación judicial de los hechos como una actividad racional, pero al mismo tiempo como fuente de un conocimiento probable. Este será ahora nuestro punto de partida.

3. Un modelo epistemológico de fijación judicial de los hechos.

En consonancia con él, y a fin de analizar los problemas que plantea la fijación judicial de los hechos, puede ser útil esbozar un modelo teórico desde el que poder, de un lado, dar cuenta de los procedimientos normativos existentes y de la praxis de fijación de los hechos; pero también, de otro lado, analizar esos procedimientos y prácticas y avanzar, en su caso, propuestas normativas. A su vez, cada una de estas funciones (descriptiva y normativa) puede proyectarse tanto en el llamado "contexto de descubrimiento" cuanto en el "contexto de justificación". Así, con referencia a la función descriptiva, el modelo nos permitiría describir cómo se conocen o descubren los hechos en la práctica judicial y cómo se justifican; y, con referencia a la función normativa, debería proporcionar una serie de reglas para el conocimiento o descubrimiento de los hechos y para su justificación.

Con todo, la caracterización de este modelo y de sus objetivos requiere aún una precisión que tiene que ver con la distinción entre "modelos epistemológicos" y "modelos legales": no se trata de proponer un modelo legal de prueba, desde una cierta ideología jurídica, sino más bien de

¹⁴ H.Putnam, op. cit., p.139.

¹⁵ Vid. M.Taruffo, "Modelli di prova e di procedimento probatorio", *Rivista di diritto processuale*, año XLV, n°2, 1990.

adoptar un modelo epistemológico, desde una cierta concepción del conocimiento empírico. Ambas cuestiones son diferentes, aunque desde luego no completamente independientes: de un modelo epistemológico derivan ciertas exigencias para la configuración de los modelos legales, y éstos descansan siempre en una cierta concepción epistemológica.

El modelo epistemológico que vamos a adoptar es el cognitivista. Entendemos por tal aquel modelo según el cual la fijación de los hechos no puede ser, por ejemplo, consecuencia del puro decisionismo o constructivismo, sino el resultado de un juicio descriptivo de hechos a los que se atribuye "existencia independiente"¹⁶. Por ello, el concepto de verdad requerido por el modelo es el semántico de la correspondencia (un enunciado es verdadero si los hechos que describe han sucedido, y falso en caso contrario) y no el sintáctico de la coherencia (la verdad de un enunciado consiste en su coherencia con el conjunto de los demás enunciados) o el pragmático de la aceptabilidad justificada (un enunciado no está justificado porque sea verdadero, sino porque el criterio para aceptarlo como verdadero está justificado).

Los conceptos coherentista y pragmatista de verdad pueden resultar adecuados para fundar modelos epistemológicos subjetivistas o decisionistas. Y naturalmente nada impide en principio, por ejemplo sobre la base de posiciones filosóficas antirealistas, adoptar un modelo de este tipo; aunque entonces se habría de estar dispuesto a extraer las correspondientes consecuencias irracionalistas en materia de prueba, o bien a declarar explícitamente que el concepto de prueba carece de sentido. Optamos, sin embargo, por el "cognitivismo" porque cuenta con buenas razones en su favor.

De un lado, los modelos subjetivistas estiman que la objetividad deriva de nuestros esquemas de conocimiento y no de un "mundo objetivo", de manera que, al final, la verdad escapa al control de los hechos. Además, estas posiciones teóricas acaso puedan tener sentido en el conocimiento de las normas o valores, o incluso del mundo microscópico, pero se hacen absurdas en relación con el mundo microscópico, pues -como afirma Reichenbach- si no podemos confiar en la observación empírica como una de las fuentes de la verdad, "estamos a un paso del misticismo"¹⁷. El cognitivismo, por el contrario, descansa en una epistemología mínimamente realista que, sin menospreciar el condicionamiento teórico y -sobre todo, con relación al proceso judicial- institucional de nuestro "acceso a los hechos", permite mantener la esperanza en un

¹⁶ Seguramente el ejemplo más representativo de adopción de un modelo cognitivista sea el de L.Ferrajoli, quien lo adopta por entender que es el modelo normativamente exigido por la ideología del garantismo. Frente al modelo procesal "decisionista", que "es el dirigido a una verdad sustancial y global basada esencialmente sobre valoraciones", el modelo procesal garantista, que puede llamarse "cognitivista", "es el que se orienta a la averiguación de una verdad procesal empíricamente controlable y controlada, aunque necesariamente reducida y relativa", *Derecho y razón*, cit., p.540.

¹⁷ H.Reichenbach, *La filosofía científica* (1951), trad. H.Flores, México, FCE, 1953, p.42.

conocimiento objetivo. Que las condiciones y obstáculos teóricos e institucionales paró alcanzar el conocimiento impidan hablar de "verdades absolutas" no invalida el modelo. Pone sólo de manifiesto que hay que tomar conciencia del carácter "relativo" del conocimiento alcanzado, y que tal vez por ello sea preferible hablar de "verosimilitud" o conocimiento "probable" en lugar de "verdad". Pero un conocimiento probable sigue siendo un conocimiento objetivo, pues la falta de certeza absoluta no puede conducir a ignorar que existen diferentes grados de certeza.

De otro lado, en el plano de la fijación judicial de hechos el cognitivismo resulta particularmente adecuado desde un punto de vista conceptual, práctico y valorativo.

Resulta conceptualmente adecuado porque el concepto de verdad como correspondencia es el que más se adecúa a las intuiciones de los hablantes y, por supuesto, también a las de quienes participan de un modo u otro en el procedimiento judicial. Es obvio que cuando en el proceso se pide a un testigo que diga la verdad no se le está pidiendo que diga lo que estima útil o que sea coherente, sino que describa los hechos, tal y como sucedieron.

Resulta prácticamente adecuado porque en el procedimiento judicial, lo que interesa de los enunciados fácticos es la información empírica que proporcionan. Pero la verdad como coherencia no nos informa sobre la existencia de los estados de cosas de que hablan los enunciados que se dicen verdaderos, sino sólo de la coherencia de esos enunciados con otros. Y la verdad como aceptabilidad justificada sólo nos informa de que existen razones que justifican aceptar un enunciado.

El modelo cognitivista resulta, por último, valorativamente adecuado porque -como señala Ferrajoli- la concepción de la verdad como correspondencia es la única que se acomoda a una actitud epistemológica no dogmática, pues, a diferencia de las concepciones alternativas, que no permiten pensar que una hipótesis coherente o cuya aceptación esté justificada sea falsa, ésta sí permite pensarlo: "permite sostener la hipótesis de que un imputado podría ser inocente (o culpable) aunque tal hipótesis haya sido rechazada en todas las instancias de un proceso y esté en contraste con todas las pruebas disponibles"¹⁸.

En suma, un modelo epistemológico cognitivista de fijación de los hechos se caracteriza por las siguientes notas:

(1°) Los enunciados fácticos se conciben como descripciones de hechos que tienen una existencia independiente de esos enunciados; es decir, que la pretensión de quien los formula es referirse a una realidad externa.

(2°) Decir que un enunciado fáctico es verdadero significa que los hechos que describe han sucedido; por ello, el concepto de verdad requerido es el semántico de la correspondencia o

¹⁸ L.Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p.67.

adecuación y no el de la coherencia o aceptabilidad justificada.

(3°) Si se usa un concepto de verdad como correspondencia, el principal criterio de verdad de los enunciados ha de ser la contrastación empírica, lo que significa que la verdad de los enunciados que registran experiencias inmediatas se obtendrá por observación, y la verdad del resto de los enunciados tendrá que comprobarse por medio de sus relaciones lógicas con éstos. Esto no impide que pueda recurrirse "subsidiariamente" a otros criterios de verdad, por ejemplo a la coherencia, cuando, por las razones que sea, el criterio principal se muestre insuficiente o inseguro; pero sólo como criterios "subsidiarios" del principal de la contrastación empírica. Y de aquí deriva ya, para el derecho sustantivo, una importante regla que debe ser observada en el modelo cognitivista:

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

4. Terminología sobre la prueba.

Hasta aquí hemos hablado de la prueba de los hechos como si se tratase de un concepto preciso y unívoco, y la hemos identificado, grosso modo, con la fijación de los hechos relevantes para la decisión judicial. Sin embargo, esta forma de hablar no es del todo exacta, pues lo que se prueban no son hechos, sino enunciados sobre hechos. De manera que la expresión "probar un hecho" no es más que una elipsis, una forma de decir probar la hipótesis que los hechos han sucedido.

El término "prueba" es polisémico, pues puede hacer referencia a cuestiones diferentes. Una primera nota de ambigüedad proviene de que el término puede usarse tanto en el contexto de descubrimiento como en el contexto de justificación; es decir, tanto en el sentido de que se descubren o conocen los hechos cuanto en el sentido de que se justifican los enunciados sobre hechos. Pero el término "prueba" es doblemente ambiguo, pues puede hacer aún referencia a distintos aspectos del fenómeno probatorio; en concreto a los siguientes:

(a) medio de prueba: denota todo aquello que permite conocer los hechos relevantes para la causa (o verificar los enunciados sobre esos hechos).

(b) resultado probatorio: es el resultado que se obtiene a partir de los medios de prueba; es decir, el conocimiento que se obtiene a partir de los medios de prueba o el enunciado fáctico verificado que lo describe.

(c) procedimiento probatorio que conecta los dos sentidos anteriores del término; es decir,

el procedimiento o el razonamiento mediante el cual, a partir de los medios de prueba, se conocen los hechos relevantes para la decisión o verifican enunciados asertivos sobre esos hechos.

A su vez, dentro de los procedimientos probatorios puede establecerse una distinción que resultará útil para analizar y esclarecer el alcance epistemológico de los procedimientos judiciales de prueba. Distinguimos así entre prueba directa, por un lado, y prueba inferencial, por otro; y dentro de ésta, entre prueba deductiva y prueba indirecta.

(a) Prueba directa es el procedimiento de conocimiento de hechos (o de verificación de enunciados fácticos) basado en la observación del propio juzgador. El resultado de una prueba directa es una constatación.

(b) Prueba deductiva es el procedimiento de conocimiento de hechos (o de verificación de enunciados) basado en una inferencia deductiva a partir de otras aseveraciones verificadas. El resultado de una prueba deductiva es una conclusión.

(c) Prueba inductiva o indirecta es el procedimiento de conocimiento de hechos (o de verificación de enunciados) basado en inferencias de carácter inductivo a partir de otras aseveraciones verificadas. El resultado de una prueba indirecta o inductiva es una hipótesis.

La distinción, basada en la estructura lógica de la verificación, tiene también relevancia epistemológica, pues cada uno de estos tres procedimientos arroja, aunque sólo sea en principio, una diferente calidad de prueba: certeza absoluta, en la prueba directa; certeza muy alta o casi absoluta, en la prueba deductiva; y simple probabilidad, en la prueba indirecta o inductiva. Precisamente por ello, esta triple distinción entre procedimientos probatorios permite analizar mejor el alcance epistemológico del proceso judicial de conocimiento de hechos.

5. La naturaleza del conocimiento judicial de hechos

El objetivo principal que persigue un paradigma cognitivista es -como se ha dicho- la formulación de enunciados fácticos verdaderos, esto es, la averiguación de la verdad, entendida como correspondencia de los enunciados fácticos con una realidad independiente. Ahora bien, afirmar la verdad de los enunciados fácticos no es una cuestión trivial. Primero, porque el juez no ha tenido acceso directo a los hechos, de modo que lo que inmediatamente conoce son enunciados sobre los hechos, cuya verdad hay que probar. Segundo, porque la verdad de tales enunciados ha de ser obtenida casi siempre mediante un razonamiento inductivo a partir de otros enunciados fácticos verdaderos. Tercero, porque la averiguación de la verdad ha de hacerse mediante unos cauces institucionales que muchas veces estorban (y otras claramente impiden) la consecución de ese objetivo. Nos ocuparemos ahora de los dos primeros aspectos.

En el modelo cognitivista el principal criterio de verdad de los enunciados fácticos es la

contrastación empírica, el juicio de experiencia. Y ciertamente hay ocasiones en que la verdad de los enunciados fácticos que el juez debe probar puede conocerse mediante "observación empírica" de los hechos a que hacen referencia, o sea, mediante la que hemos llamado prueba directa, cuya calidad epistemológica puede considerarse absoluta. El caso paradigmático de prueba directa es el "reconocimiento judicial" o "inspección ocular".

Sin embargo, por regla general, el juez no ha estado presente cuando se produjeron los hechos, de modo que su conocimiento de ellos no es casi nunca inmediato o directo, sino mediato o indirecto. Es decir, las pruebas, en estos casos, no son el resultado directo de la observación, sino de una inferencia que se realiza a partir de otros enunciados probatorios.

Algunas de estas inferencias -ciertamente, las menos- son de carácter deductivo y, por tanto, en la medida en que las premisas de las que se parta sean verdaderas, producirán resultados también verdaderos; es lo que hemos llamado prueba deductiva. La prueba documental, muchas pruebas científicas y biológicas y la coartada son ejemplos de prueba deductiva. Ahora bien, aunque pueda resultar una obviedad, es preciso insistir en la necesidad de separar nítidamente las cuestiones lógicas de las epistemológicas, la validez de la verdad: la validez de un argumento deductivo no garantiza la verdad de la conclusión, pues la conclusión es verdadera "a condición de que" las premisas sean verdaderas. En otras palabras, el uso de medios de prueba deductiva no garantiza, por sí mismo, la infalibilidad de los resultados; y no ya, obviamente, por el carácter de la inferencia, sino por la calidad epistemológica de las premisas, y en particular de las constituidas por aserciones sobre hechos singulares. Esta observación es importante, pues pone de manifiesto que, pese al aura de infalibilidad que rodea las pruebas científicas y todas las de naturaleza deductiva, hay que asumir como tesis epistemológica general que el grado de conocimiento que proporcionan es sólo el de probabilidad, por más alta que ésta pueda ser¹⁹.

Pero, sin duda, el procedimiento probatorio más frecuente es el que hemos denominado prueba indirecta o inductiva, pues por inducción, en sentido amplio, se entiende todo aquel tipo de razonamiento en que las premisas, aun siendo verdaderas, no ofrecen fundamentos concluyentes para la verdad de su resultado, sino que éste se sigue de aquéllas sólo con alguna probabilidad.

En efecto, en la mayoría de las ocasiones, la prueba judicial de los hechos con relevancia en el proceso supone que el juez reconstruye una hipótesis sobre ellos (h) que sea explicativa de las

¹⁹ Precisamente el problema de la validez de los métodos usados en las pruebas científicas ha generado en Estados Unidos un vivo debate. Pero además muchas de estas pruebas -por ejemplo, la prueba (positiva) de ADN- son de naturaleza estadística, de modo que, en sentido estricto, no pueden concebirse como deductivas; aunque si se han usado métodos científicamente válidos y se han realizado bien sus resultados pueden considerarse dignos de toda confianza, razón por la cual se las puede asimilar -desde el punto de vista de su calidad epistemológica- a las pruebas deductivas.

pruebas ya obtenidas (p). En otras palabras, el juez echa mano de leyes o regularidades empíricas que conectan las pruebas existentes con una hipótesis sobre esos hechos; es decir, leyes que establecen que, siendo ciertas las pruebas, también lo será la hipótesis sobre los hechos (h--->p). Ahora bien, pese a la apariencia deductiva de este razonamiento, en rigor su naturaleza es inductiva, y ello porque esas leyes empíricas a las que se recurre son leyes "probabilísticas": o sea, sólo establecen -de acuerdo con nuestra experiencia pasada- que si las pruebas son verdaderas es probable que también lo sea la hipótesis. Si a ello se añade que, en el discurso judicial, la mayoría de estas regularidades son leyes sociales -por tanto leyes sobre la acción humana "libre"- y, sobre todo, máximas de experiencia, entonces la naturaleza probabilística de la implicación se muestra todavía más clara, pese a la apariencia deductiva del argumento. Tal vez debido a esa apariencia deductiva no ha sido infrecuente que los juristas atribuyesen a sus resultados el valor de una consecuencia necesaria. Pero esto es un error. Un silogismo de este tipo es una clase de inducción; aunque no por el modo en que se relacionan las premisas y la conclusión, sino por el valor de una de las premisas²⁰.

Esta inferencia probabilística consistente en adoptar una hipótesis explicativa de ciertos hechos -que constituye el armazón de la prueba indirecta- ha sido expresada sobre todo por Charles S. Peirce y N.R. Hanson en términos de abducción o "hipótesis" o "retroducción", como un tipo de razonamiento "hacia atrás", a lo Sherlock Holmes, distinto no sólo a la deducción sino también a la inducción. No obstante, pese a la diferente denominación, creo que la abducción nos sitúa en el discurso de la inducción. Y es que si la abducción es -como señala Ch. Peirce- un razonamiento que consiste en avanzar hipótesis probables a propósito de unos hechos, a partir de una regla y unos hechos ciertos²¹, no se ve qué diferencia hay entre inducción y abducción. En ambos casos se trata de argumentos inductivos, porque, aun siendo verdaderas las premisas, la

²⁰ Pese a ello, lo corriente es que los pronunciamientos jurisprudenciales aludan al carácter deductivo del razonamiento. Como si la naturaleza inductiva de la prueba no hubiera calado en la práctica forense, sobre todo en la del Tribunal Supremo. Pero también el Tribunal Constitucional, por ejemplo en STC 175/1985, FJ 5º, reitera constantemente ese carácter deductivo: a propósito de la prueba indiciaria hay que determinar "si el órgano judicial debe razonar su actividad deductiva"; el razonamiento judicial en la prueba indiciaria ha de expresarse, "pues de otro modo ni la subsunción estaría fundada en derecho...ni habría manera de...determinar si el proceso deducción es arbitrario".

²¹ La abducción tiene lugar "cuando encontramos alguna circunstancia muy curiosa que se explicaría por la suposición de que fuera un caso de cierta regla general, y en consecuencia adoptamos esa suposición", "Deducción, Inducción e Hipótesis" (1878), en *Deducción. Inducción e Hipótesis*, Buenos Aires, Aguilar, 1970, pp.69-70. Consiste, en fin, en observar un hecho y aventurar qué es lo que da lugar a ese hecho, *Collected Papers*, Cambridge, Mass., Harv.Univ.Press, 8 vols, 1930-58 (4º ed. 1974), 5.581 5.602, pp.404 y 420. Vid. también N.R.Hanson, *Patrones de descubrimiento*, cit.

conclusión no pasa de ser una conjetura.

Moreso (“L’argumentació jurídica: fets y normes”) se pregunta si hay criterios para asegurar la verdad de nuestras proposiciones. Esta es una cuestión muy discutida en filosofía de la ciencia y en teoría de la prueba. En ella se piensa que podemos atribuir probabilidades a las proposiciones y así, a través de la inducción elaborar un argumento que fundamente las proposiciones.

Hay quien piensa que todo lo que podemos hacer es conjeturar hipótesis y articular pruebas para refutarlas. Los detectives de las novelas imaginan hipótesis y las ponen a prueba. Contamos con criterios diversos de verosimilitud, pero lo importante es no olvidar que verosimilitud no es verdad. En cualquier caso, hemos de tener presente que los sistemas procesales contemporáneos están diseñados para maximizar la posibilidad de que los jueces alcancen la verdad de las proposiciones referidas a las pruebas. Por esta razón, el sistema actual (en el ámbito penal) es el de libre valoración de la prueba y no los sistemas anteriores de prueba tasada.

Por otra parte, en el proceso no vale cualquier método de prueba. Hay determinados principios que deben ser respetados: la presunción de inocencia, el derecho al silencio del acusado, etc. Son limitaciones a nuestra capacidad de descubrir la verdad en el proceso, pero son limitaciones que provienen de principios que consideramos muy valiosos. En virtud de estos principios, estamos dispuestos a dejar sin condena a algunos culpables, porque sabemos que es la única manera de no condenar a algunos inocentes.

En los procesos civiles, por otro lado, existen otros elementos que condicionan la prueba de los hechos. Especialmente la presencia de presunciones. Estas no aseguran la verdad, pero disminuyen el tiempo de duración de los procesos. Es importante recordar que, a diferencia de los científicos, los jueces no tienen todo el tiempo para tratar de descubrir la verdad.

En resumen, para dar cuenta del procedimiento de prueba indirecta, tanto da que se hable de inducción o de abducción, pues el razonamiento que se sigue en ambos casos es sustancialmente el mismo: un razonamiento de tipo inductivo, por lo que la declaración de hechos probados no es infalible. Ello no significa, desde luego, que no puedan tratarse las hipótesis como verdaderas; es más, hay buenas razones para esperar que el resultado de una inducción rigurosa sea fidedigno. Significa tan sólo que, dado que el conocimiento inductivo es sólo probable, el resultado de la inducción puede ser falso.

Finalmente, esta constatación no deja de tener consecuencias para el modelo judicial de fijación de los hechos: si se admite la naturaleza falible de los resultados de la prueba indirecta, se

hacen necesarias algunas reglas metodológicas con el fin de aproximar, en la mayor medida posible, esos resultados a la verdad. Precisamente por ello, podemos llamar a estas reglas "garantías de verdad":

(ii) para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico es necesaria prueba del mismo sea ésta directa, deductiva o indirecta.

(iii) siempre que sea posible hacer una comprobación empírica de un hecho relevante debe hacerse.

(iv) cualquier prueba relevante es necesaria, y por tanto debería ser admitida.

(v) si, a la vista de nuevas pruebas pudiera revisarse la verdad de un enunciado declarado falso o la falsedad de un enunciado declarado verdadero, debe hacerse.

6. El carácter institucionalizado de la fijación judicial de hechos.

Según el modelo cognitivista, la averiguación de la verdad es la finalidad principal del proceso de fijación judicial de los hechos. Ahora bien, si la averiguación de la verdad fuese el único valor a perseguir no habría, en principio, grandes diferencias con otros tipos de conocimiento que también tienen naturaleza inductiva, como el del historiador o el del detective. Esto, sin embargo, no es así. Entre el modelo judicial y los modelos mencionados existe una diferencia importante: la institucionalización del primero.

El procedimiento judicial se desarrolla, en efecto, en un marco institucionalizado de reglas que se encaminan a proteger, junto con la averiguación de la verdad, otros dos tipos de valores. De un lado, un valor que podríamos llamar estructural, por cuanto expresa una característica básica del proceso judicial: su finalidad práctica y no teórica. De otro, una serie de valores que podríamos llamar ideológicos, por cuanto no son consustanciales a la idea de acción judicial como actividad encaminada a poner fin a un conflicto, sino que forman más bien parte de una cierta ideología jurídica.

Que el proceso tiene una finalidad práctica significa que el conocimiento del pasado no es el objeto inmediato de la indagación del juez, sino tan sólo un paso previo a la decisión que debe adoptar. Por eso, pese a la eventual dificultad de comprobar unos hechos, el juez está obligado inexcusablemente a llegar a una certeza oficial²², y de ahí deriva una exigencia: la búsqueda de la verdad sobre esos hechos no puede alargarse indefinidamente; tienen que existir expedientes institucionales que permitan fijar la verdad cuando ésta no resulte fácilmente descubrible; y tiene

²² P. Calamandrei, "El juez y el historiador", *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961 p.16. Resalta también el carácter eminentemente práctico de la decisión judicial M.Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milán, Giuffrè, 1984, pp.33 ss.

que llegar un momento en que la verdad procesalmente declarada se acepte como verdad última²³. Claro está que esta "verdad última" no será "infalible", pero será final, en el sentido de que pondrá fin al conflicto autorizadamente. Las reglas de limitación temporal, las formas de justicia negociada y algunas presunciones constituyen ejemplos de este tipo de reglas.

Por otro lado, en la persecución de la verdad, los ordenamientos jurídicos actuales tienen que preservar otros valores "ideológicos". Esto resulta particularmente cierto en el proceso penal, donde la ideología del garantismo se impone con fuerza, exigiendo que en la averiguación de la verdad se preserven en todo caso determinados valores, particularmente la libertad y la dignidad de las personas²⁴. Las limitaciones y prohibiciones de prueba, las reglas que instauran el secreto procesal y la presunción de inocencia constituyen ejemplos de estas últimas.

Como las reglas que protegen estos dos tipos de valores son el resultado de la institucionalización del procedimiento de prueba, podemos denominarlas garantías institucionales. Pueden distinguirse en línea teórica tres tipos de reglas o garantías en función de su incidencia en el objetivo principal de averiguación de la verdad: garantías (institucionales) epistemológicas, si contribuyen a la averiguación de la verdad; garantías (institucionales) no epistemológicas, si al menos no producen menoscabo en la averiguación de la verdad; y garantías (institucionales) contraepistemológicas, si dificultan o entorpecen la averiguación de la verdad.

En principio cabría pensar que las reglas institucionales son siempre de los dos primeros tipos. Pero sólo en principio. Así, y sin ningún ánimo de exhaustividad, las reglas de limitación temporal y las que instauran formas de justicia negociada tienen una naturaleza claramente "contraepistemológica", pues producen (o tienen capacidad de producir) un menoscabo en la averiguación de la verdad. A su vez, dentro de las limitaciones de pruebas encontramos reglas de dos tipos. Algunas de ellas coadyuvan a la averiguación de la verdad, rechazando pruebas con bajo valor gnoseológico. El caso más claro tal vez sea la prohibición de la tortura, pues, aunque se enderece directamente a garantizar la vida y dignidad humanas, qué duda cabe que contribuye también a evitar la posible obtención de una verdad "torcida". Pero existen otras limitaciones de prueba (por ejemplo, la prohibición de prueba ilícitamente obtenida o la prohibición, bajo "secreto de Estado", de usar como pruebas documentos que puedan afectar a la seguridad del Estado) que entorpecen (o no ayudan a) la averiguación de la verdad, ya que suponen excepciones a la regla

²³ Vid. E.Fassone, "Quaestio facti", en M.Bessone y R.Guastini (eds.), *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, Padua, CEDAM, 1994, p.316.

²⁴ El proceso penal se sustrae conscientemente a numerosas posibilidades cognitivas:...rechaza medios de conocimiento que en sí mismos tienen una alta posibilidad de proporcionar informaciones válidas pero cuyo empleo puede lesionar determinados derechos de las personas", Ibidem, p.317.

epistemológica que establece que:

(iii) siempre que sea posible hacer una comprobación empírica de un hecho relevante, debe hacerse.

Por su parte, el secreto procesal, frente a la publicidad, admite dos lecturas: epistemológica y contraepistemológica. Por un lado, es verdad que el secreto de la investigación se endereza a garantizar la averiguación de la verdad, evitando que cualquiera de las partes pueda manipular las pruebas; pero, por otro lado, y esta es la segunda lectura, puede proporcionar al juez una cobertura inexpugnable para la selección "subjetiva" y "prejuiciosa" de los datos relevantes para el caso.

Por último, y aunque las presunciones merecerían un comentario particularizado y más detenido, puede decirse que las relativas o *iuris tantum*, aun cuando permitan la entrada de la verdad en el proceso mediante prueba en contrario, y aun cuando puedan llevar a pensar que su conclusión es una descripción de la realidad²⁵, no tienen naturaleza epistemológica, pues no cumplen una de las garantías de verdad que señalábamos antes; en concreto la que establece que:

(ii) para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico es necesaria prueba del mismo sea ésta directa, deductiva o indirecta.

Y a su vez, en las presunciones *iuris et de iure*, con mayor razón que en las *iuris tantum*, pueden adquirir valor de verdad aserciones que son empíricamente falsas, pues estas presunciones no cumplen dos de las garantías de verdad que señalábamos:

(ii) para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico es necesaria (al menos una) prueba del mismo.

(v) si, a la vista de nuevos datos, pudiera revisarse la verdad de un enunciado declarado falso o la falsedad de un enunciado declarado verdadero, debe hacerse.

7. La valoración de la prueba.

La valoración de las pruebas es el juicio de aceptabilidad de los resultados producidos por los medios de prueba. Puesto que la fijación judicial de los hechos se produce a través de un procedimiento institucionalizado, es posible configurar dos distintos modelos de valoración, dependiendo de que ésta venga o no predeterminada jurídicamente: el modelo de prueba "legal o tasada", en el primer caso, y el modelo de prueba "libre", en el segundo.

Si se asume que la prueba proporciona resultados sólo probables, debe descartarse, por inconsecuente con los presupuestos epistemológicos de los que se parte, cualquier valoración predeterminada de los medios de prueba. El principio de libre convicción viene a levantar acta de

²⁵ Lo que puede resultar "comprensible", porque el legislador, cuando establece presunciones, al menos presunciones materiales de hecho, lo suele hacer muchas veces apoyándose en datos científico-técnicos y en reglas de experiencia.

esta situación, proscribiendo que deba darse por probado lo que a juicio del juzgador todavía no goza de un grado de probabilidad aceptable. La libre convicción no es por tanto un criterio (positivo) de valoración sino un principio metodológico (negativo) que consiste simplemente en el "rechazo de las pruebas legales como suficientes para determinar la condena"²⁶ y que constituye por ello una auténtica garantía epistemológica que puede reformularse como sigue:

(vi) Un modelo cognitivista proscribire el esquema de valoración tasada e impone el de libre valoración, interpretado como un principio metodológico (negativo) que permite al juzgador no dar por probados enunciados fácticos que estime insuficientemente probados.

Ahora bien, en tanto que principio metodológico negativo, la libre convicción no sólo no es sino que tampoco impone ningún criterio (positivo) de valoración; es decir, todavía no dice nada sobre cómo valorar, cómo determinar el grado de aceptabilidad de un enunciado fáctico. Pero si la libre convicción no dice nada, el modelo cognitivista de fijación de hechos sí que proporciona algunas claves al respecto. Por una parte, proscribiendo que la valoración pueda entenderse como una convicción íntima, comunicable, intrasferible, y por ello incontrolable y arbitraria. Por otra, indicando el tipo de criterios que han de usarse: en concreto, el objetivo de los modelos de valoración ha de ser proveer esquemas racionales para evaluar el grado de probabilidad de los enunciados fácticos.

Existen al menos dos grandes modelos para racionalizar la evaluación del grado de probabilidad de las hipótesis: a) los modelos de valoración basados en la aplicación de métodos o instrumentos matemáticos y b) los modelos de valoración basados en esquemas de confirmación.

El modelo matemático-estadístico, que intenta llevar el cálculo matemático de probabilidades al proceso de valoración judicial, ha cuajado sobre todo en el ámbito del *Common Law*. El intento se ha operado fundamentalmente con la aplicación del teorema de Bayes a las inferencias jurídicas basadas en "probabilidades subjetivas"²⁷. En concreto, el concepto de probabilidad matemática o estadística -a través de la fórmula de Bayes- puede ser útil para medir el impacto que, sobre la probabilidad subjetiva del hecho que se pretende probar, provoca la introducción de ulteriores elementos de prueba. Por ejemplo, aplicada a la prueba de culpabilidad del imputado, la fórmula bayesiana indica el grado en que el conocimiento de un nuevo elemento de prueba debe influir en la valoración de la probabilidad de esa culpabilidad.

²⁶ L.Ferrajoli se refiere también a la libre convicción como "un trivial principio negativo", insistiendo con ello en que no se trata de un "criterio positivo de decisión...alternativo al de las pruebas legales", *Derecho y razón*, cit., p.139.

²⁷ Puede verse M.O.Finkelstein y W.B.Fairley, "A Bayesian Approach to Identification Evidence", *Harvard Law Rev.*, 83, 1970; los trabajos del simposio "Probability and Inference in the Law of Evidence", *Boston Univ. Law Rev.*, 66, 1986 o los del simposio "Decision and Inference in Litigation", *Cardozo Law Rev.*, 13, 1991.

No obstante, la adopción del teorema de Bayes como modelo normativo es objeto de numerosas críticas; críticas que, por un lado, ponen de manifiesto su dudosa compatibilidad con principios fundamentales del ordenamiento, como la presunción de inocencia; por otro, llaman la atención sobre el riesgo que entraña una sobrevaloración del modelo, por cuanto supone poner en manos de los jurados o de los jueces togados instrumentos incomprensibles para ellos²⁸. Por eso, quienes propugnan el uso de este modelo, entienden que el mismo no logrará sus objetivos mientras los peritos, los jueces, los abogados y los jurados no se familiaricen con la más elemental teoría de la probabilidad. Por lo demás, es de señalar que recientemente se han propuesto también nuevos modelos de valoración racional de las pruebas que intentan superar o paliar las deficiencias del modelo convencional de la probabilidad matemática; es el caso del modelo de belief functions, desarrollado por Glenn Shafer, el Evidentiary Value Model, desarrollado por los suecos P.O.Ekeláf, S.Halldén y M.Edman, y el de los fuzzily defined sets, de Lotfi Zadeh²⁹.

La aplicación de instrumentos matemáticos al proceso de prueba ha tenido escaso éxito en la cultura y la praxis del derecho continental. De todas formas, no parece que este rechazo de los métodos estadísticos obedezca a una actitud reflexiva sobre los peligros de un uso acrítico y desproporcionado de los mismos. Más bien parece reflejar la inercia de una tradición que ha confiado absolutamente en la capacidad racionalizadora del juez; o tal vez la habitual aversión de los juristas hacia las cuestiones que suponen adentrarse en saberes extrajurídicos; o quizás simplemente una difusa actitud escéptica frente a las posibilidades de la matemática en el proceso. Sea como fuere, lo cierto es que en la literatura jurídica del continente, pero también en un destacado sector de la *New Evidence Scholarship* del *Common Law*, la racionalización de la valoración de la prueba se ha operado prevalentemente a través de modelos de razonamiento inductivo.

Entre los modelos de probabilidad inductiva merece la pena destacar el hipotético-deductivo. Este modelo, postulado sobre todo en el ámbito del proceso penal acusatorio, entiende que la verificación de una hipótesis se desarrolla a través de sus sucesivas confirmaciones por las pruebas disponibles y de su resistencia a las contrapruebas. La hipótesis verdadera será la que

²⁸ Puede verse una buena presentación de las críticas al uso de las matemáticas en el proceso en L.H.Tribe, "Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process", *Harvard Law Rev.*, 84, 1971.

²⁹ G.Shafer, *A mathematical Theory of Evidence*, Princeton Univ. Press, 1976. Una exposición y discusión de la teoría del "evidentiary value" en P.Gårdenfors, B.Hannsson y N.Sahlins (eds.), *La teoría del valore probatorio aspetti filosofici giuridici e psicologici* (1983), Milán, Giuffrè, 1997. L.Zadeh, "Fuzzy logic and approximate reasoning", *Synthese*, 1975.

resulte más confirmada que cualquiera de sus alternativas y no sea refutada por ninguna prueba³⁰.

La confirmación de la hipótesis, que responde a un procedimiento inductivo, tiene lugar derivando de ella los efectos que se habrían producido si fuese verdadera y observando, mediante la asunción de pruebas, si estos efectos han tenido lugar. La existencia de estos «efectos» hace probable la hipótesis, por lo que constituye una razón para aceptarla como verdadera. Puesto que el grado de probabilidad de una hipótesis puede ser mayor o menor dependiendo de la calidad y cantidad de las pruebas que la confirmen, y puesto que el procedimiento de prueba ha de tender a formular hipótesis con el mayor grado de probabilidad posible, se impone la observancia de la siguiente regla epistemológica:

(iv) cualquier prueba relevante es necesaria, y por tanto debería ser admitida.

Pero para aceptar una hipótesis es necesario que, además de confirmada, no sea falsada o refutada por las pruebas disponibles. A diferencia de la confirmación, que asume la forma lógica de la falacia del consecuente, la falsación asume la forma del *modus tollens*, que tiene capacidad demostrativa. No por casualidad se afirma que el intento de refutar las hipótesis "es la savia del actual derecho procesal probatorio"³¹. De donde deriva otra importante regla epistemológica, la que establece que.

(vii) Es necesario ofrecer la posibilidad de refutar las hipótesis (requisito de la contradictoriedad).

Lo que por su parte exige que:

(viii) Sólo son admisibles las pruebas que puedan ser objeto de refutación (requisito de la falsabilidad).

Pero al final del proceso de confirmación y sometimiento a falsación de las hipótesis puede resultar que hipótesis rivales estén igualmente fundadas. En estos casos, tal vez otros criterios de verdad extraempíricos pudieran prestar alguna ayuda; por ejemplo, el de la "coherencia narrativa". Según el criterio de la coherencia narrativa, en la versión que de la misma ofrece MacCormick, la credibilidad de una hipótesis aumenta frente a otras si se prueba que es el «relato» más creíble de la historia. Más exactamente, la probabilidad relativa de hipótesis mutuamente incompatibles depende del número de sucesos y de principio explicativos auxiliares que deban suponerse para obtener la coherencia. La narración más coherente es la que comporta

³⁰ Seguramente el caso más representativo de uso de este modelo sea el de L.Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit.

³¹ F.M.Iacovello, "Breve viaggio all'interno della struttura della motivazione e della logica di un processo a partí", en M.Bessone y R.Guastini (eds.) , *Materiali per un corso di analisis della giurisprudenza*, cit., p.354. Pero J.Bentham ya era también consciente de esto, *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., vol.I, pp.364-365.

la más baja improbabilidad mediante dicho test³². Con todo, es posible que al final ninguna de las hipótesis en liza resulte suficientemente probada en detrimento de la otra. La necesidad que tiene el juez de resolver a pesar de este resultado estéril, queda entonces cubierta por el reconocimiento (implícito o explícito) de reglas legales de valoración de la prueba que indican en cada caso en favor de qué hipótesis ha de orientarse la solución. El *in dubio pro reo* en el proceso penal y, en general, las reglas sobre la carga de la prueba en el proceso civil, constituyen ejemplos de las mismas.

De lo dicho hasta aquí derivan algunas consecuencias de importancia. La primera es que la hipótesis debe justificarse, mostrando que las pruebas disponibles la hacen probable; más aún, que la hacen más probable que cualquiera de las hipótesis alternativas concordantes con esas mismas pruebas. La segunda, es que, no obstante presentarse como justificada, el status epistémico de una hipótesis es siempre sólo la probabilidad, por lo que debe estar sujeta a revisión si surgieran nuevas pruebas.

9. La motivación de la prueba.

Pese a que la cultura de la motivación es relativamente reciente, (pues se alimenta de una teoría del Derecho que desconfía de la jurisprudencia mecánica y de una filosofía política comprometida con el pleno control del poder,) no puede negarse que la necesidad de motivar las sentencias se ha convertido ya en una exigencia incontestable. La cultura de la motivación, sin embargo, ha encontrado y aún encuentra una especial resistencia en el ámbito de la prueba.

El juicio de hecho parece haber pertenecido durante mucho tiempo, sea al ámbito de las cuestiones jurídicas no problemáticas, sea a una "zona de penumbra" en la que reina el arbitrio judicial. La primera tendencia está típicamente representada por la llamada concepción demostrativa de la prueba, que entiende que ésta proporciona una verdad incontrovertible y cuyo referente histórico más claro tal vez se encuentre en los sistemas inquisitivos continentales y sobre todo en la idea mecanicista como modelo de racionalización del procedimiento. La segunda tendencia estaría en cambio representada por la llamada concepción argumentativa o retórica de la prueba, que concibe a ésta como argumento persuasivo y cuyo principal referente histórico son los sistemas de "common law" y sobre todo las corrientes antiformalistas³³. En el primer caso, el

³² N.MacCormick, "Coherence in Legal Justification" (1984), trad.it. "La congruenza nella giustificazione giuridica", en M.Bessone y R.Guastini (eds.), *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, cit., p.128.

³³ Sobre estos dos grandes modelos de prueba A.Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, cit.; y M.Taruffo, "Modelli di prova e di procedimento probatorio", cit., quien, no obstante, pone en cuestión la perfecta correspondencia entre los dos modelos mencionados y los sistemas anglosajón y continental.

procedimiento decisorio es racional, pero se trata de una racionalidad mecanicista o ingenua que terminó operando como una pura ideología y que hizo innecesaria la motivación. En el segundo, el procedimiento decisorio es irracional o arracional, por lo que la motivación no puede ser concebida más que como racionalización a posteriori de una decisión que se ha tomado al margen de cualquier procedimiento racional; es decir, la motivación, entendida como justificación, es imposible.

Ahora bien, en un modelo cognitivista la motivación ni es imposible ni es innecesaria. Si la libre valoración es una operación racional consistente en determinar si, a la vista de las pruebas disponibles, es razonable dar por verdaderos (probables más allá de la duda) ciertos enunciados, entonces es necesaria la motivación, es decir, la explicitación de las razones que apoyan la verificación de esos enunciados. Si así no fuese, la valoración más que libre sería libérrima, subjetiva y arbitraria, con lo cual se abandonarían el cognitivismo para entrar en el campo del puro decisionismo³⁴. En otras palabras, si la racionalidad de la decisión probatoria ha de controlada, es evidente que ese control se proyecta sobre razones que fundamentan la libre convicción del juez. Sostener lo contrario sería dar pábulo a la idea de justicia del cadí, de poder jurisdiccional puramente potestativo, arbitrario e incontrolable; contrario, en fin, al espíritu probatorio de un sistema probatorio que se quiera cognitivista, fundado no en el poder sino en el saber, "también sólo opinable y probable pero precisamente por ello refutable y controlable". La exigencia de motivación es, como acertadamente se ha dicho, una garantía de cierre del sistema cognitivo³⁵.

Ahora bien, la motivación es un género de justificación; pero puede ser entendida aún como una "actividad" o como el "resultado" de la misma. Para identificar ambas cuestiones pueden usarse las expresiones "motivación-actividad" y "motivación-documento"³⁶. La motivación-actividad es el

³⁴ parecen bastante desafortunadas a este respecto tanto la habitual interpretación del principio de inmediación, como la conocida figura jurisprudencial de la apreciación conjunta de la prueba. La inmediación viene a garantizar la exposición del juez a una serie de factores emocionales (por ejemplo, gestos de turbación o sorpresa) sobre los que va a poder fundar su íntima convicción, que es por ello mismo insusceptible de ser expresada y mucho menos controlada. De manera que se instituye así una "zona opaca al control racional" que contradice profundamente la cultura de la motivación, pues que las intuiciones existan no significa que puedan ser esgrimidas como excusa para la no justificación.

Por su parte, también la doctrina de la "apreciación conjunta de los medios probatorios" produce resultados perversos para la motivación, porque permite una declaración genérica de hechos probados sin razonar los motivos mediante los cuales la prueba se ha conseguido.

³⁵ L.Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p.623.

³⁶ P.Comanducci, "La motivazione in fatto", en G. Ubertis (coord.), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, cit., pp.219 ss.

procedimiento mental que ha conducido al juez a formular como verdadera la descripción sobre los hechos del caso y a justificarla. La motivación-documento es la motivación plasmada en la sentencia. Cuando en el discurso jurídico se habla de la necesidad de motivación, lo que interesa es la motivación-documento. Pero hay varios modos de entender cuál haya de ser el contenido de la motivación-documento que corren paralelos a los modos de entender la relación entre ésta y la motivación-actividad. Estos distintos modos se sitúan entre dos posiciones extremas.

La primera posición extrema entiende que la motivación-documento no guarda (o no tiene por qué guardar) ninguna relación con la motivación-actividad. Esta posición resulta ideológicamente insostenible, por cuanto supone la apertura a un irracionalismo extremo en la adopción de una decisión, que habrá podido ser descubierta de cualquier manera. Pero es que, además, es una posición incomprensible, pues no parece lógico que quien, a través de la motivación-documento, es capaz de sostener con razones la verdad de un enunciado fáctico haya "descubierto" la misma prescindiendo por completo de esas razones.

La segunda posición extrema, por el contrario, entiende que la motivación-documento es un reflejo de la motivación-actividad. Esta posición tampoco parece correcta y tiene su base en una acrítica falta de distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación.

En la doctrina científica y en la praxis jurisprudencial no siempre se ha sido consciente de esta distinción. La que a veces se denomina concepción mentalista o psicologista de la motivación constituye un buen ejemplo de esta confusión, pues expresa la posición de quienes entienden que motivar (en el documento) consiste en hacer explícito el proceso mental que ha llevado a la decisión³⁷. Precisamente esta confusión es, en mi opinión, lo que hace que algunos sigan viendo imposible, o al menos muy difícil, una "rigurosa" motivación de los hechos, porque imposible, o al menos muy difícil, resulta la explicitación y subsiguiente control de "todo" el proceso mental que ha llevado a la decisión.

Si -como parecieron auspiciar algunos- existiese una estricta lógica del descubrimiento, tal vez la justificación podría concebirse como la descripción de un correcto proceso de descubrimiento. Pero al no ser así, la justificación no puede ser entendida más que como el conjunto de argumentos que permiten presentar un enunciado como verdadero. No es incongruente, por ello, afirmar la imposibilidad de fiscalizar el descubrimiento y la posibilidad (y necesidad) de fiscalizar la justificación.

³⁷ Concepción psicologista de la motivación que, pese a los notables esfuerzos realizados en la materia por el Tribunal constitucional, asoma sin tapujos en algunas de sus sentencias. Así cuando afirma la necesidad de que "el órgano judicial explicita el *iter* mental que le ha llevado a entender probados los hechos"; o cuando lanza un reproche al órgano judicial porque "no hace referencia alguna al proceso mental que le habría permitido apreciar la presencia de un enlace preciso y directo" (STC 229/1988, FJ 2º). En el mismo sentido, J. Igartua, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, p.147

Pero es que, además, la separación entre descubrimiento y justificación cobra una especial importancia en un contexto de descubrimiento institucionalizado, donde, en virtud de diversas reglas jurídicas, hay pruebas que no deben ser atendidas o conocimientos extraprocesales que no deben ser tomados en consideración. Y es que el juez debe entonces adoptar su decisión sobre los hechos "como si" no conociese esos datos . De manera que la necesidad de no mezclar descubrimiento y justificación aflora una vez más; ahora por razones institucionales.

Por tanto, ni absoluto divorcio ni total identificación. El juez no puede descubrir una verdad que luego no esté en condiciones de justificar mediante unos patrones de racionalidad;

y para ello, necesariamente, habrá de hacer uso de tales patrones en el propio proceso de averiguación de la verdad. Pero, a su vez, la motivación puede no coincidir exactamente con el descubrimiento, porque en ésta pueden aparecer elementos arracionales de los que no puede hacerse cargo aquélla. Cabría decir, pues, que la motivación ha de coincidir con el descubrimiento, pero eliminando de éste los elementos no susceptibles de justificación racional. La motivación, en suma, ha de "dejar constancia de los actos de prueba producidos, de los criterios de valoración utilizados, del resultado de esa valoración y de toda la cadena de inferencias que justifican la decisión".

Por último, y respecto al contenido de la motivación, del mismo modo que (en lo que se ha llamado la teoría estándar de la argumentación) la justificación (externa) de la premisa normativa remite a un sistema normativo más amplio (un sistema moral) en el que el Derecho supuestamente debe integrarse, la justificación (externa) de la premisa fáctica remite a un modelo epistemológico. Y como el modelo epistemológico que hemos adoptado es el "cognitivista", el principal criterio de verdad (y por tanto de justificación) es la comprobación empírica, directa o indirecta.

Partiendo de este criterio cabe decir que las constataciones, es decir los enunciados de percepción, no requieren motivación, o que ésta se reduce a dar cuenta de que los hechos que se describen fueron efectivamente observados.

Motivar una conclusión, que es el resultado de una prueba deductiva, exige tres cosas : por un lado, justificar el enunciado probatorio singular del que se parte; por otro, justificar la regla universal de la que se parte (ley de la ciencia o norma jurídica); finalmente, mostrar que el enunciado probatorio singular constituye una instancia particular del antecedente de la regla universal y que el razonamiento seguido es una inferencia deductiva válida.

Por su parte, la justificación de una hipótesis (si dejamos a un lado las posibles aportaciones de los modelos matemático estadísticos de valoración) se ajusta al esquema hipotético deductivo. En concreto, una hipótesis está justificada si no ha sido refutada y está más confirmada que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos. Por lo demás, téngase en cuenta que la mayor

confirmación que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos es una cuestión de grado. Cosa distinta son las exigencias institucionales que puedan existir en este punto. Así que, mientras que en los procesos civiles suele bastar con que el resultado de la prueba sea una probabilidad preponderante, en los procesos penales suele exigirse un resultado (probabilístico) más allá de toda duda razonable, y es indudable que esta mayor exigencia probatoria ha de reflejarse también en la motivación de la sentencia.

En resumen, podría decirse que la motivación ha de "dejar constancia de los actos de prueba producidos, de los criterios de valoración utilizados, del resultado de esa valoración y de toda la cadena de inferencias que justifican la decisión".

ACTIVIDADES

1. Analice las siguientes sentencias sobre error de hecho en la apreciación de las pruebas y Presunción de inocencia

STS 1326/1998, Penal de 3 de noviembre. Casación. Jurisdicción Penal.
STS 22 de junio de 1990. Jurisdicción Penal

2. Pruebas indiciarias, presunción de inocencia y motivación de los hechos.

Las sentencias del T.S. (sala 2º, de lo penal) de la práctica hacen referencia a los problemas que plantea la denominada prueba indiciaria para justificar la verdad (o mayor probabilidad) de los enunciados sobre los hechos y desvirtuar el derecho constitucional a la presunción de inocencia (art. 24.2, CE 78) de los acusados en los casos planteados.

Se trata de cuestiones relativas a la justificación externa de la premisa menor o factica del silogismo judicial.

La premisa factica del silogismo judicial esta constituida por proposiciones que describen hechos (enunciados factuales). Estas proposiciones o enunciados deben ser "verdaderos"

En el proceso penal rige el principio de "libre valoración de la prueba". Libre valoración no significa arbitrio del juzgador. La finalidad de la prueba consiste en formar la "intima convicción" del juzgador sobre la verdad factual del hecho punible.

El proceso penal es un proceso acusatorio: la actividad probatoria recae sobre los hechos afirmados por las partes (acusación y defensa). Los iunicos actos de prueba son los que transcurren en el juicio oral. El juzgador no puede fundamentar su decisión eKla "prueba prohibida". La carga de la prueba recae sobre la acusación (es ella la que ha de acreditar sus hechos constitutivos, con independencia de que la defensa pruebe o no sus hechos impeditivos, extintivos o excluyentes). El acusado tiene derecho a no declarar contra si mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia_(art. 24.2 CE 78).

Realizada la actividad probatoria, el tribunal debe apreciar "segnn su conciencia" las pruebas practicadas en el juicio oral (741 LECRM

El juzgador debe razonar la prueba (Motivación de los hechos): debe explicitar en la sentencia el iter seguido para formar u obtener su conviccion sabre la verdad factual de los enunciados sobre los hechos que conforman la premisa menor. Aunque el deber de razonar la prueba no se encuentra expresamente recogido en la LOPJ ni en La LECRIM, ha de ponerse en relación con el art. 24.1 CE (derecho a la tutela), el 24.2 CE (presunción de inocencia) y el 120.3CE (obligación de motivar las sentencias)

La motivación de los hechos es especialmente necesaria cuando el tribunal ha utilizado la prueba indiciaria: debe exponer el razonamiento lógico (hipotético-deductivo, inductivo) que lo condujo de los indicios a la convicción sobre la verdad de los hechos para que quede acreditado que no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia (o para que el tribunal superior, en su caso, pueda estimar que la prueba indiciaria no ha desvirtuado ese derecho)

Este es el problema que se plantea en las sentencias del Tribunal Supremo, que numeramos como sigue:

- STS 1586/99, sala 2⁸, de 10 de noviembre (RJ 7197)
- STS 1476/99, sala 2⁸, de 20 de octubre (RJ 7578)
- STS 1517/99, sala 2a, de 22 de octubre (RJ 7580)
- STs de 12 de marzo de 2003, Ponente Perfecto Andrés Ibañez

En las dos primeras, el TS ha considerado insuficiente la motivación llevada a cabo por el tribunal *a quo*, mientras que en la tercera estima que está justificada (externamente) la premisa menor.

Lee las sentencias y contesta al cuestionario:

1.- ¿Que son las pruebas indiciarias? ¿Por que hay necesidad de recurrir a las pruebas indiciarias?

2.- ¿Que particularidades comportan desde el punto de vista de la valoración de la prueba las denominadas pruebas indiciarias?

3.- ¿Por que la motivación de hechos que lleva a cabo el tribunal cuya sentencia es casada por la STS nº 1 es insuficiente?

4.- Compara las STS nº1 y nº2 ¿Hay alguna diferencia entre ambas en relación con la falta de solidez de la inferencia Nevada a cabo por los tribunales de instancia?

5.- En la sentencia nº3 se dice: "sobre estos presupuestos indiciarios o hechos-base, plenamente probados(...) aplica el juzgador un proceso analítico del que extrae el hecho conclusión(...), inferencia esta fruto de un proceso deductivo (...) que se ajusta sin ninguna estridencia a los canones de la razón, de la l6gica y de la experiencia(...)". ¿Crees que la inferencia que lleva a cabo el juzgador es fruto de un proceso deductivo?