



## 2.2 La valoración de la prueba.

La valoración de las pruebas es el juicio de *aceptabilidad* de los resultados producidos por los medios de prueba. En otras palabras, valorar consiste en evaluar si las afirmaciones introducidas en el proceso a través de los medios de prueba (o sea, las hipótesis) pueden aceptarse como verdaderas. Es posible configurar en principio 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. La *prueba legal o tasada*, que no es sino una prolongación de la prueba irracional o de ordalía, supone la existencia de ciertas reglas de valoración establecidas en la ley que indican al juez cuándo (y en qué medida) debe dar un hecho por probado, con independencia de su convencimiento. El sistema de *prueba libre*, por el contrario, deja la valoración de la prueba a la (libre) convicción judicial.

La prueba legal tuvo en los viejos códigos muy diversas manifestaciones. Sirvan las siguientes a título de ejemplo.

El *Fuero Real* establecía los únicos casos en que una mujer puede atestiguar: “*Toda mujer vecina o hija de vecino, pueda atestiguar en cosas que fueron fechas ó dichas en baño, ó en forno, ó en molino, ó en rio, ó en fuente, ó sobre hilamientos ó sobre tejimientos, ó sobre partos...ó en otros “hechos femeniles”*”. El mismo *Fuero* establecía también que no puede testificar “*el hombre que anda en semejanza de mujer*” ni el “*que tiene naturaleza de hombre y mujer*”. (*Fuero Real de España*, Libro II, Tit.VIII, Leyes VII y IX).

La *Partida III* establece el número de testigos necesarios para probar: “*Por un testigo dezimos que no se puede probar, a no ser que fuese el tistimonio del Emperador o del Rey*” (Tit.XVI, Ley VIII).

Y *El Espéculo* establecía una gradación sobre la credibilidad de los testimonios: “*E mas debe ser creido el rico que el pobre, porque bien semaja eue el pobre ayna diria mentira por codicia o por promesas, que el rico...E mas creido debe ser el varon que la mujer, porque tiene el seso mas cierto e mas firme*”.

Si se asume que la prueba proporciona resultados sólo probables debe descartarse cualquier valoración predeterminada de los medios de prueba, pues es muy posible que en el caso concreto el grado de probabilidad proporcionado por una determinada prueba resulte aún insuficiente para fundar la decisión, por más que el legislador le haya atribuido un valor específico. El principio de la libre convicción viene a levantar acta de 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 alternativo al de las pruebas legales sino un principio metodológico (negativo)*<sup>303</sup> que consiste simplemente en el rechazo

303 Vid. también L.Ferrajoli, *Derecho y Razón*, cit., p.139.

de las pruebas legales como suficientes para determinar la decisión y que constituye por eso una auténtica *garantía de verdad*.

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 cómo valorar, cómo determinar el grado de aceptabilidad de una hipótesis. Pero si la libre convicción no dice nada, la concepción cognoscitivista de la prueba sí proporciona algunas claves al respecto. Por una parte, *proscribiendo* algunos criterios de valoración: la valoración no puede entenderse como una convicción íntima, incommunicable, intransferible, y por ello incontrolable y arbitraria, pues es obvio que la *íntima* convicción, por sí misma, no puede probar nada. Por otra, *indicando* el tipo de criterios que han de usarse: si valorar es evaluar la aceptabilidad de los resultados probatorios, y teniendo en cuenta que éstos se considerarán aceptables cuando su *grado de probabilidad* se estime suficiente, los criterios (positivos) de valoración indican cuándo una hipótesis ha alcanzado un grado de probabilidad suficiente y mayor que cualquier otra hipótesis alternativa sobre los mismos hechos. Por eso, el objetivo de los *modelos de valoración* ha de ser proveer<sup>304</sup> esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de las hipótesis .

En el intento de racionalizar la valoración de la prueba, los modelos más desarrollados son los esquemas inductivos del *grado de confirmación*. Según estos esquemas, *una hipótesis puede aceptarse como verdadera si no ha sido refutada por las pruebas disponibles y éstas la hacen probable (o sea, la confirman); o mejor, más probable que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos*. Concurren aquí tres requisitos.

*1º. Requisito de la confirmación.*

Una hipótesis (*h*) viene confirmada por una prueba (*p*) si existe un nexo causal o lógico entre ambas (que es una simple ley probabilística o una máxima de experiencia) que hace que la existencia de esta última constituya una razón para aceptar la primera.

$p \rightarrow h$

*p*

———— [es probable]

*h*

La confirmación es, pues, una inferencia inductiva, por lo que el *grado de confirmación* de una hipótesis es equivalente a su *probabilidad*, es decir, a la *credibilidad* de la hipótesis a la luz del conjunto de conocimientos disponibles.

Siendo expresión del grado de confirmación, la probabilidad de una hipótesis aumenta o disminuye con:

304 Sobre los modelos de valoración racional de la prueba, vid. M.Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milán, Giuffrè, 1992; y M.Gascón, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999.



a) *El fundamento cognoscitivo y el grado de probabilidad expresado por las reglas y máximas de experiencia usadas.* Esto parece indudable: mientras algunas de esas reglas expresan relaciones más o menos seguras o precisas, otras, en cambio, tan sólo expresan toscas e imprecisas generalizaciones de sentido común. Además, mientras algunas de ellas tienen un fundamento cognoscitivo más o menos sólido (como las que constituyen vulgarizaciones de conocimientos naturales o científicos), otras adolecen de fundamento suficiente (como las que reproducen tópicos o prejuicios difundidos). Puede decirse por ello que “cuanto más seguro y preciso sea el tipo de conexión entre la hipótesis y las pruebas, mayor será el grado de confirmación de la hipótesis, que, por el contrario, sólo obtendrá confirmaciones “débiles” cuando las conexiones sean genéricas, vagas y de incierto fundamento cognoscitivo”<sup>305</sup>.

b) *La calidad epistemológica de las pruebas que la confirman.* El fundamento de esta afirmación también parece claro: si una prueba es débil, el grado de confirmación que atribuye a la hipótesis no puede estimarse alto, por más fundada que esté la regla que conecta la prueba con la hipótesis. Por ejemplo, la hipótesis “A mató a B” podría venir confirmada por el resultado de una prueba de ADN que estableciera que “las muestras de piel y cabello encontradas entre las uñas de la víctima pertenecen a A”; o podría venir confirmada por el testimonio de un individuo X que declarara que “A amenazó de muerte a la víctima en repetidas ocasiones”. No parece descabellado pensar que el grado de confirmación o probabilidad de la hipótesis “A mató a B” sea mayor en el primer caso que en el segundo.

c) *El número de pasos inferenciales que separan la hipótesis de las pruebas que la confirman.* Así la hipótesis “A comercia con droga” podría venir confirmada por el testimonio de X: “A vendió droga en repetidas ocasiones en el lugar L”; o por el testimonio de Y (la policía): “A llevaba en el coche una balanza de precisión y en su casa se encontró una importante cantidad de dinero y una cierta cantidad de droga”. El número de pasos inferenciales que separan la hipótesis del testimonio de X es menor que el número de pasos que la separan del testimonio de Y.

Entre el testimonio de X y la hipótesis hay un sólo paso inferencial: el representado por el juicio de credibilidad de X, que conduce a la afirmación “<<A vendió drogas en repetidas ocasiones en el lugar L>>”; es decir, a la hipótesis “<<A comercia con droga>>”.

Entre el testimonio de Y y la hipótesis hay al menos dos pasos inferenciales: primero, el propio juicio de credibilidad de Y, que conduce a la afirmación “<<A llevaba en el coche una balanza de precisión y en su casa se encontró una importante cantidad de dinero y una cierta cantidad de droga>>”; después, el que, a partir de aquí y de una generalización (del tipo: si alguien lleva en su coche una balanza de precisión y en su casa tiene una fuerte suma de dinero y una cierta cantidad de droga, probablemente sea porque comercia con droga), conduce a la hipótesis “<<A comercia con droga>>”.

305 M. Taruffo, *La prova dei fatti*, cit. p.247.

Por eso, en el supuesto de que los dos testigos merecieran la misma credibilidad, la probabilidad de la hipótesis sería mayor en el primer caso que en el segundo<sup>306</sup>.

d) La “cantidad” y “variedad” de pruebas o confirmaciones. Es evidente que si la probabilidad de una hipótesis equivale a su grado de confirmación por el conjunto de conocimientos disponibles, cuanto mayor sea el número de confirmaciones mayor será su grado de probabilidad; probabilidad que será también mayor cuanto más variadas sean las pruebas que la confirman, pues la variedad de pruebas proporciona una imagen más completa de los hechos.

Finalmente, puesto que el grado de probabilidad de una hipótesis aumenta con la *cantidad* y *variedad* de las pruebas que la confirman, 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: *No existen pruebas suficientes. Cualquiera prueba relevante es necesaria, y por tanto debería ser admitida.*

Si esta afirmación tiene sentido es porque habitualmente se distingue entre los conceptos de relevancia y necesidad de prueba. La *relevancia* (o *pertinencia*) de las pruebas es la relación que guardan los hechos a los que hacen referencia con el objeto del juicio y con lo que constituye el *thema decidendi* y expresa la capacidad de la prueba para formar la convicción del juez. *Prueba necesaria* es la que es realmente útil para formar la convicción<sup>307</sup>. La distinción pretende poner de relieve que no toda prueba relevante (o pertinente) es necesaria, pues es posible que el juzgador posea ya elementos probatorios suficientes para formar su convicción y por tanto no sea necesario ningún esfuerzo probatorio adicional. Esta doctrina, que tiene la finalidad de evitar esfuerzos probatorios inútiles, parece, sin embargo, conceptualmente equivocada y (lo que es peor) puede producir al final resultados adversos para el fin cognoscitivo del proceso de prueba. Lo primero, porque si los resultados probatorios no pasan nunca de la mera probabilidad, cualquier prueba relevante es necesaria, en la medida en que contribuye a aumentar el grado de probabilidad de la hipótesis que se pretende probar. Lo segundo, porque, escudándose en esta distinción, el juez podría rechazar la práctica de pruebas relevantes, conformándose con una débil (y tal vez falsa) declaración de hechos.

Parecen por ello acertados los pronunciamientos jurisprudenciales que -como hace el TC español- entienden que “la economía del proceso, su mayor celeridad o la eficacia en la Administración de justicia, con ser indudablemente valores dignos de tutela, no justifican el sacrificio del derecho de los ciudadanos a usar pruebas pertinentes para su defensa”. (STC 51/1985, FJ 9).

---

306 Aunque con terminología distinta, esta observación está ya presente en J.Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, 2 vols., comp. de E.Dumont (1823), trad. De M.Osorio, Buenos Aires, EJEA, 1971, vol.I, p.365.

307 Hay que decir que en la jurisprudencia se alude muchas veces al binomio relevancia/necesidad con los términos pertinencia/ relevancia o necesidad.



## 2º. Requisito de la no-refutación.

Para aceptar una hipótesis es necesario que, además de confirmada, no sea refutada por las pruebas disponibles; es decir, que éstas no se hallen en contradicción con aquélla. El sometimiento a refutación de las hipótesis es por ello la “prueba de fuego” para poder aceptarlas. De aquí deriva otra importante regla epistemológica (o garantía de verdad) que exige la oportunidad de un momento contradictorio en el proceso en el que poder refutar las hipótesis (*requisito de la contradictoriedad*). Precisamente por eso, el proceso inquisitorio, donde la búsqueda de la verdad se confía sólo a la confirmación de la hipótesis por parte del juez, sin dar posibilidad a las partes (mediante un contradictorio) de defender la propia hipótesis demostrando lo infundado de la contraria, es un proceso afectado de una tara epistemológica importante.

## 3º. Requisito de la mayor probabilidad que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos.

Al final del proceso de confirmación y sometimiento a refutación de las hipótesis puede resultar que hipótesis rivales estén suficientemente fundadas, por lo que resta aún por determinar cuál de ellas es la correcta. Para ello, puede ser útil el criterio de la *coherencia narrativa*, al modo en que lo entiende, que indica cuál de las hipótesis en liza resulta más improbable<sup>308</sup>: es más improbable la hipótesis que exige presuponer un mayor número de eventos y recurrir a un mayor número de principios explicativos auxiliares para permitir la coherencia entre la hipótesis y los hechos probados.

Considérese, por ejemplo, el caso de una prostituta que recibe a los clientes en su habitación mientras su marido está en casa. Si estuviera en cuestión si el marido conoce tal actividad, podría pensarse (hipótesis-1) que sí, que está perfectamente al tanto de la misma y que nunca entra a molestar. Podría pensarse también (hipótesis-2) que el marido no se hubiese percatado de nada. Sostener esta segunda hipótesis exige, sin embargo, formular toda una serie de hipótesis suplementarias: que el marido nunca ha entrado en la habitación mientras su mujer estaba con otros, que jamás haya oído un ruido extraño, etc.

Según el criterio de la coherencia narrativa, resulta menos improbable, y por tanto más racional, la primera hipótesis.

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 decisión* 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 constituyen ejemplos de las mismas.

308 N.MacCormick, “Coherence in Legal Justification” (1984), ahora recogido en M.Bessone y R.Guastini (coords.), *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, Padova, CEDAM, 1994, pp.115 ss.

### 3. ALGUNAS CONSTRUCCIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

Entre las muchas distinciones doctrinales sobre la prueba tiene especial importancia la que distingue entre prueba directa y prueba indirecta o indiciaria, pues a ella se anudan algunas consecuencias importantes, como la ya mencionada distinción entre niveles de valoración y entre exigencias de motivación. Merece la pena examinar brevemente esta distinción con el fin de examinar los acriticos postulados en que se funda, así como también el catálogo de requisitos que habitualmente se exige a la denominada prueba indirecta o indiciaria.

#### 3.1 La distinción prueba directa/prueba indirecta.

Aunque no existe unanimidad en el criterio que funda esta distinción, puede decirse que la concepción “canónica” de la misma, por ser la normalmente usada por la doctrina y sobre todo por la jurisprudencia, entiende por ambos tipos de prueba lo siguiente.

*Prueba directa*, que se identifica con la *histórica*, es aquella 1º) en la que el hecho principal que se pretende probar y del que depende la decisión *surge directa y espontáneamente*, sin mediación alguna ni necesidad de raciocinio, del medio o fuente de prueba y 2º) es capaz por sí sola de fundar la convicción judicial sobre ese hecho, pues -hay que suponer, aunque no siempre se diga- la prueba versa directamente sobre el mismo. Por asimilarse la prueba directa a la histórica, los casos típicos de prueba directa son la testifical y la documental.

*Prueba indirecta* o *crítica* o circunstancial o *indiciaria* es aquella 1º) en la que el hecho principal que se quiere probar no surge directamente del medio o fuente de prueba sino que se precisa además del *razonamiento* y 2º) es incapaz por sí sola de fundar la convicción judicial sobre ese hecho.

Tomemos, por ejemplo, la definición de estas pruebas recogida en la jurisprudencia española. “*Prueba directa* es aquella que *de forma inmediata* ofrece un contenido probatorio concreto en tanto surge de él, *espontáneamente*, la posibilidad de su valoración. Es, en fin, la prueba que aclara la investigación, permitiendo la convicción judicial sin necesidad de deducciones ni inferencias. Así, la confesión del acusado o la declaración, en muchos casos, del testigo. Más frente a esta prueba también existe la *indiciaria* o *indirecta* cuando por medio de dos o más indicios acreditados...se llega *lógica y racionalmente*, y por las vías de la experiencia...al hecho consecuencia...que se quiere acreditar”, STS 572/1996, de 16-09-1996.

Son supuestos de *prueba directa* aquéllos en los que “la demostración del hecho enjuiciado surge de modo directo e inmediato del medio de prueba utilizado: documentos, testigos, etc. Su valoración no presenta las dificultades propias de la prueba indiciaria, porque la consecuencia o apreciación viene determinada sin necesidad



de hacer uso de operaciones mentales complejas, es decir, por ser en cierto modo tarea más teñida de objetividad. El problema, la dificultad y el peligro surgen con la *prueba indirecta*...Hace entrada en ella la subjetividad del juez, en cuanto, mentalmente, ha de realizar el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia” (STC 169/1986, FFJJ 1º y 2º).

Con la distinción prueba directa-prueba indirecta parece querer indicarse, pues, la ausencia o presencia de razonamientos e inferencias, según que la prueba verse o no sobre el hecho que se pretende probar. La prueba directa, por versar directamente sobre el hecho que se quiere probar, lo probaría “espontáneamente”, “sin necesidad de raciocinio”. La prueba indirecta o indiciaria, en cambio, por no versar directamente sobre el hecho que se pretende probar sino sólo sobre un hecho circunstancial, para acreditar aquél necesitaría del razonamiento, de la inferencia. Además, y conectado con lo anterior, parece que la espontaneidad en un caso y la necesidad de razonar en el otro conlleva también una *diferente calidad epistemológica* (y por tanto un diferente valor o fuerza probatoria) de sus resultados: mayor en el primer caso, “por ser en cierto modo tarea más teñida de objetividad y por tanto de imparcialidad”; menor en el segundo, porque “hace entrada en ella la subjetividad del juez en cuanto, mentalmente, ha de realizar el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia”.

Esta distinción, sin embargo, no parece aceptable, pues se funda en una acrítica percepción de la llamada prueba directa. Analizada rigurosamente, la declaración del testigo T : “vi a A disparar a B y a éste caer muerto”, ejemplo de prueba directa, no prueba por sí sola (directa y espontáneamente, sin necesidad de raciocinio) el hecho que se pretende probar (que A mató a B); lo único que esta declaración prueba *por sí sola* es que “el testigo T dice que vio a A disparar a B y a éste caer muerto”. La declaración de T probará que “A mató a B” sólo si T dice la verdad (es decir, si no miente, ni sufrió un error de percepción, ni ahora sufre errores de la memoria); pero este dato (que T dice la verdad) es el resultado de una inferencia del mismo tipo que la que define la prueba indirecta. Por tanto, desde el punto de vista del razonamiento *no hay ninguna distinción esencial entre la llamada prueba directa y la indirecta*, pues en ambos casos están presentes inferencias de la misma clase (inductivas, en concreto) y, en consecuencia, tan “teñida de subjetividad” puede estar la primera como la segunda. La idea de que la prueba directa es la que menos puede conducir a error judicial hay que ponerla en cuarentena.

En realidad, lo único que la distinción entre prueba directa e indirecta puede indicar es que una prueba es *directa* si versa directamente sobre el hecho principal que se pretende probar y del que depende la decisión judicial e *indirecta* en caso contrario, sin otras consideraciones. Imaginemos, por ejemplo, que a un sujeto B se le aprehende una pequeña cantidad de droga y se sospecha que su destino sea el comercio y no el consumo propio. Si el hecho que se quiere probar es si B comercia con droga, lo declarado por el testigo T : “vi a B vender droga en repetidas ocasiones en el lugar L” constituiría (una vez confirmado) una prueba directa del enunciado “B comercia con droga”. Mientras que lo declarado por el testigo T<sub>b</sub> (por ejemplo, la policía): “B llevaba



en el coche una balanza de precisión y en su casa se encontró una importante cantidad de dinero y una cierta cantidad de droga serían (una vez confirmados) sólo pruebas indirectas o indiciarias de que B comercia con droga. Insistimos en que la distinción, así interpretada, no señala una diferencia entre las pruebas en función de la presencia o no de razonamientos e inferencias, sino en función de que versen o no directamente sobre el hecho principal del que depende la decisión. Otra cosa es si puede afirmarse -como sucede con frecuencia- que el valor probatorio de la prueba directa es muy grande y el de la indirecta siempre pequeño o en todo caso inferior a aquél, al punto de sostener que una prueba directa, por sí sola, es apta para fundar la decisión del juez sobre el hecho principal que se pretende probar, mientras que una prueba indirecta, por sí sola, no es apta para fundar esa decisión, sino que opera como un elemento más que permite al juez inferir una hipótesis sobre aquél hecho. Podría decirse a este respecto, que, ciertamente, el valor probatorio de la prueba directa (una aserción verificada sobre el hecho principal que se pretende probar) es tendencialmente mayor que el de la indirecta (una aserción verificada sobre un hecho circunstancial), porque con la prueba directa no se requiere ninguna inferencia más para probar el hecho principal, mientras que probar este hecho con una prueba indirecta exige siempre inferencias suplementarias. Pero sólo tendencialmente, pues el valor probatorio de una prueba (sea ésta directa o indirecta) no depende sólo de este dato, sino también -como es evidente- de su calidad epistemológica, es decir, de su grado de certeza.

Por ejemplo, un joven es hallado muerto en los lavabos de una discoteca. Existe la declaración de un testigo, amigo de la víctima, que dice haber presenciado cómo el guarda de seguridad de la discoteca le propinó una paliza mortal. Existe otra prueba: entre las uñas de la víctima se encontraron tejidos de piel y de sangre pertenecientes al amigo. El primer caso constituye una prueba directa; el segundo una prueba circunstancial o indiciaria. Sin embargo, la calidad epistemológica (y por tanto el valor probatorio) de la segunda es mayor que la de la primera, por ser el resultado de una prueba deductiva.

En conclusión, pese a la caracterización habitual de la prueba directa, ésta constituye en realidad, como la indirecta o indiciaria o circunstancial, un razonamiento de tipo inductivo, por lo que sus resultados han de evaluarse también en términos de simple probabilidad.

### **3.2 Los requisitos de la prueba indirecta o indiciaria.**

Aunque los términos prueba indirecta o indiciaria suele reservarse para el ámbito penal, su estructura es la misma que la denominada, en el ámbito civil, prueba presuntiva o presunciones simples.

En efecto, las llamadas presunciones simples, o presunciones *hominis*, o presunciones judiciales (para distinguirlas de las legales) aluden a un procedimiento de prueba inductiva consistente en inferir, a partir de un hecho probado o conocido (indicio) y de una regla de experiencia, la existencia de un hecho desconocido: así, del humo puede





inferirse la existencia del fuego, de la posesión de la cosa robada la participación en el robo o la receptación, de la posesión de droga y de una balanza de precisión la intención de comerciar con ella, etc. En otras palabras, pese a que la terminología puede llevar a confusiones, el esquema de las presunciones simples hace referencia a los procedimientos probatorios en que no se prueba directamente el hecho que constituye el *thema probandum*. Precisamente por ello, para aludir al procedimiento de prueba indirecta o indiciaria, se habla algunas veces de prueba de presunciones: *las expresiones prueba indirecta, prueba indiciaria y prueba presuntiva aluden a un mismo tipo de razonamiento probatorio*.

Puesto que tales razonamientos se enderezan a probar (indirectamente) la existencia de ciertos hechos, constituyen el soporte de la (libre) convicción del juez en relación con esos hechos. Por eso, para considerar válida esa convicción, se vienen exigiendo una serie de requisitos que debe reunir el razonamiento que conduce a ella. Se trata, en definitiva, de requisitos de la prueba indirecta, indiciaria o presuntiva.

Dado que la convicción que proporcionan estas pruebas encuentra su fundamento en la experiencia común, que muestra cómo a ciertos hechos les siguen normalmente otros, suele exigirse, por lo general, un *enlace preciso y directo* entre el hecho conocido y el desconocido. Y ciertamente, en la medida en que esta exigencia pretenda asegurar el uso de máximas de experiencia correctas, proscribiendo aquéllas que resulten arbitrarias por carecer de referente empírico, no hay nada que objetar: al contrario, la validez de la prueba indirecta o indiciaria depende muy fundamentalmente de la corrección de las máximas de experiencia usadas.

Las reglas o máximas de experiencia erróneas, al atribuir a los hechos un valor indiciario que no les corresponde, conducen a resultados que contradicen la realidad. Ejemplos extremos de esta distorsión de la realidad estaban presentes en las ordalías: en el *judicium feretri*, construido sobre la regla de que el cadáver produce ciertos signos en presencia del homicida; y en el *judicium aquae frigidae*, construido sobre la máxima de que, siendo el agua un elemento puro rechaza al culpable, de modo que todos los culpables flotan y, por tanto, no hundirse es indicio de culpabilidad.

Tradicionalmente, sin embargo, se vienen exigiendo también otros requisitos sin los cuales –se dice– el procedimiento indiciario carecería de capacidad probatoria, requisitos que ponen de manifiesto una serie de prejuicios y malentendidos sobre la naturaleza de este tipo de prueba. Veámoslos.

## 1. Certeza del indicio.

El indicio o hecho conocido debe estar fehacientemente probado mediante los medios de prueba procesalmente admitidos.

Con este requisito quiere evitarse que las meras sospechas o intuiciones del juez puedan fundar la prueba del indicio, y en este sentido no hay nada que objetar, pues es evidente que una simple sospecha, intuición o presentimiento no puede ser prueba de nada.

Ahora bien, bajo el requisito de la certeza de los indicios suele excluirse también la posibilidad de usar como indicios aquellos hechos de los que sólo quepa predicar su probabilidad y no su certeza incuestionable. Precisamente esta segunda exclusión es la base del rechazo de los llamados *indicios mediatos*, es decir, aquellos que han sido probados, a su vez, mediante prueba indiciaria a partir de otros indicios y cuya certeza, por tanto, no puede considerarse absolutamente fuera de duda. Más concretamente, lo que se sostiene es que el indicio ha de estar probado por prueba directa.

Esta segunda exclusión es criticable, y ello por varias razones.

1º) Excluir los indicios mediatos (probados por prueba indiciaria) y aceptar los inmediatos (probados por prueba directa) revela una *injustificada minusvaloración de la prueba indiciaria*, así como un *mal entendimiento y una injustificada sobrevaloración de la prueba directa*. Lo primero porque la prueba indiciaria, indirecta o presuntiva, a pesar de no ser un argumento demostrativo, si se realiza rigurosamente puede conducir a resultados fiables. Lo segundo porque la prueba directa es, desde el punto de vista de su estructura probatoria, exactamente igual que la prueba indirecta; lo único que la separa de esta última es su menor número de pasos inferenciales.

2º) Además, la exclusión de los indicios mediatos, llevada hasta sus últimas consecuencias, conduce a resultados absurdos por inaceptables: *si se rechaza un indicio mediato* por considerar que tiene un bajísimo o nulo grado de solidez epistemológica, *se está poniendo en cuestión la validez misma del procedimiento indiciario*, que es el que ha conducido a la prueba de ese indicio; por tanto habría que renunciar al uso del procedimiento indiciario en todo caso, y no sólo cuando se usa para probar un indicio. Esta conclusión, sin embargo, resulta inaceptable, porque el procedimiento característico de la prueba judicial es el de prueba indirecta o indiciaria, por lo que renunciar al mismo equivaldría a renunciar a la posibilidad de prueba.

En suma, si se asume la aptitud del procedimiento indiciario para probar hechos, no se entiende por qué no pueda servir para probar un indicio, es decir, un hecho que podrá ser utilizado, a su vez, como elemento probatorio en otra prueba indiciaria. Podrá decirse quizá que cuando el indicio ha sido probado mediante procedimiento indiciario (indicio mediato) su fuerza probatoria es menor<sup>309</sup>, pero nada permite anularla por completo.

---

309 Este dato ya lo subrayaba Bentham, al señalar la admisibilidad del indicio mediato: “No se debe excluir ni rechazar nunca nada de aquello que pueda servir o que se pueda ofrecer con el carácter de prueba circunstancial; en particular no se puede excluir nada en razón a que se lo supone carente de fuerza probatoria. ¿Por qué se habría de excluir? Si produce un efecto, es útil; y si no lo produce, es inocuo”. Otra cosa es que “en una cadena de pruebas compuesta de un gran número de eslabones, cuantos más eslabones intermedios halla entre el primer hecho circunstancial y el hecho principal, menor será con relación a éste su fuerza probatoria”, *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., vol.I, pp.363 y 365.



## 2. **Precisión o univocidad del indicio.**

Otro de los requisitos que, según una opinión clásica, debe reunir el indicio es la precisión o univocidad: el indicio es unívoco o preciso cuando conduce *necesariamente* al hecho desconocido; es, por el contrario, equívoco o contingente cuando puede ser debido a muchas causas o ser causa de muchos efectos. Esta distinción se proyecta sobre la teoría de la prueba exigiendo eliminar la equivocidad de los segundos para poder ser usados como elementos de prueba.

Si bien se mira, sin embargo, la distinción entre indicios unívocos y equívocos es irrelevante en un doble sentido. Primero, porque los llamados indicios unívocos no hacen referencia a la prueba indiciaria, indirecta o presuntiva, sino a un razonamiento de tipo demostrativo. Y segundo, porque la gran mayoría de los indicios son equívocos o contingentes, por lo que el dato de la equivocidad, en sí mismo, no tiene mucha relevancia. Pero conecta con un tercer requisito: la pluralidad de indicios.

## 3. **Pluralidad de indicios.**

Este requisito expresa la exigencia de que, precisamente por el carácter contingente o equívoco de los indicios, es necesario que la prueba de un hecho se funde en más de un indicio. Además, este requisito suele acompañarse del de la *concordancia o convergencia*: los (plurales) indicios han de concluir en una reconstrucción unitaria del hecho al que se refieran.

El requisito de la pluralidad de indicios parece lógico al menos por dos razones. Primero, porque es una manera de evitar el riesgo de que con base en un único dato, que es esencialmente equívoco, se establezca una conclusión errónea. Segundo, porque si el resultado de la prueba indiciaria o presuntiva es de mera probabilidad, cuantos más indicios lo apoyen más fiable será. Ahora bien, este requisito tampoco puede ser interpretado en términos absolutos, pues puede haber supuestos en los que se disponga de un sólo indicio, pero de tan alto valor probatorio que permita, por sí solo, fundar la decisión.

## 4. **EL CARÁCTER INSTITUCIONALIZADO DE LA PRUEBA JUDICIAL.**

La averiguación de la verdad es la finalidad principal de la prueba. Ahora bien, averiguar la verdad no es el único valor a perseguir. La prueba judicial no es una actividad libre sino que se desarrolla 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 *práctico*, por cuanto expresa un rasgo básico del proceso judicial: la finalidad práctica y no teórica que lo anima. 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 tiene como objetivo primario la resolución de un conflicto: el conocimiento de los hechos del pasado

que originaron el conflicto no es el objetivo inmediato de la actuación del juez, sino tan sólo un paso previo a la decisión que debe adoptar. Por eso, para resolver el conflicto, el juez está obligado inexcusablemente a llegar a una certeza oficial, y de ahí deriva una exigencia: la búsqueda de la verdad sobre esos hechos no puede alargarse indefinidamente; tienen que existir reglas o expedientes procesales que permitan fijar la verdad cuando ésta no resulte fácilmente descubrible; y tiene que llegar un momento en que la verdad procesalmente declarada se acepte como verdad última. 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* (las que se enderezan a proveer una respuesta judicial en caso de incertidumbre) constituyen ejemplos de estas reglas.

Por otro lado, en la persecución de la verdad, los ordenamientos jurídicos actuales tienen que preservar otros valores que se consideran merecedores de protección. 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 protejan en todo caso determinados valores, particularmente la libertad y la dignidad de las personas. Algunas *limitaciones y prohibiciones de prueba* y la *presunción de inocencia* constituyen ejemplos de estas reglas.

En suma, la averiguación judicial de los hechos no es una actividad libre, sino que se desarrolla en un marco institucionalizado de reglas que condicionan la obtención del conocimiento y que se encaminan, bien a asegurar una respuesta más o menos rápida que en algún momento ponga fin al conflicto, bien a garantizar otros valores que, junto con la obtención de la verdad, se consideran dignos de protección.

Muchas de las reglas procesales que gobiernan la prueba limitan o entorpecen la posibilidad de averiguar la verdad. Merece la pena hacer un repaso de algunas de las más significativas.

Las reglas de *limitación temporal* que regulan las leyes procesales enmarcan el conocimiento judicial de los hechos; es decir, establecen el *tempus* en que ha de ser averiguada (probada) la verdad sobre los hechos. Son reglas que instan a una más o menos rápida resolución del conflicto y que garantizan que en un periodo de tiempo predeterminado quedará fijada la “verdad procesal” sobre los hechos de la causa. Pero es evidente que, al limitar el tiempo en que debe ser pronunciada una decisión, estas reglas en nada contribuyen a alcanzar la certeza sobre los hechos que han dado origen al conflicto, sobre todo en los casos donde las diferentes tesis fácticas enfrentadas aparecen igualmente plausibles.

Otro tanto puede decirse de las *formas de justicia negociada*, especialmente las que se desarrollan en el campo penal. Estas consisten básicamente en solicitar de los imputados, declaraciones acusatorias ofreciendo a cambio reducciones de penas, o en pactar, en todo caso, el contenido de sus imputaciones. Son, por tanto, prácticas que



buscan dar salidas rápidas a procesos ya instaurados una vez concluida la fase de investigación, por la vía, en particular, de la negociación sobre la pena y con el objeto de evitar la celebración del juicio oral. Pero, con independencia de que la provisión de una respuesta rápida al conflicto sea la pretendida justificación de estas prácticas, lo cierto es que constituyen formas de justicia inspiradas en la lógica mercantil del *do ut des*, donde el concepto de verdad como correspondencia se sustituye por el de verdad como *consenso*.

Las fórmulas de justicia negociada florecen cada día más en el ámbito penal. De un lado, en la esfera de la denominada *criminalidad de bagatela* se abren paso procedimientos de *mediación o conciliación* que sacrifican al acuerdo, normalmente económico, entre víctima y ofensor el tradicional objetivo de averiguación de la verdad, con la consiguiente puesta en peligro de la presunción de inocencia. De otra parte, ya en la esfera de los *delitos no tan leves*, la legislación arbitra o propicia la *conformidad* del acusado, que renuncia a su papel de defensa, o incluso su *colaboración activa* con la justicia a cambio de determinados beneficios; lo que, al margen de otras consideraciones, tiende a convertir la confesión en “prueba reina” en detrimento, una vez más, del conocimiento de los hechos verdaderamente producidos.

Otra manifestación de la institucionalización de la prueba la constituyen las *presunciones legales*, que -frente a lo que a veces se sostiene- tampoco pueden ser vistas como garantía de la entrada de la verdad en el proceso.

Las presunciones *iusuris tantum* son *normas jurídicas* que, para garantizar determinados valores, obligan a reconocer una situación como verdadera en circunstancias específicas y ausencia de prueba en contrario. Más exactamente, instauran una *regla de juicio o de decisión* que indica al juez cuál debe ser el contenido de su sentencia cuando no tenga pruebas suficientes para formar su convicción sobre los hechos litigiosos. Su peculiaridad frente al resto de normas estriba en que estas presunciones garantizan esos valores *regulando de la carga de la prueba*, lo que puede concretarse en eximir a aquellos en cuyo beneficio funcionan de la carga de probar los hechos litigiosos (así sucede en las presunciones formales, por ejemplo la de inocencia<sup>310</sup>) o en modificar el objeto de prueba para el beneficiario de la presunción, que tendrá entonces la carga de probar ya no los hechos litigiosos sino otros hechos o estado de cosas que se conectan a aquéllos (así sucede en las presunciones materiales, por ejemplo la de paternidad<sup>311</sup>).

La constatación de que las presunciones son normas jurídicas que instauran una regla de juicio reviste una importancia crucial, pues significa que la conclusión de la presunción no puede ser tratada como una descripción de la realidad. El error de

---

310 Una presunción formal es una norma de comportamiento dirigida al juez que obliga a reconocer una conclusión (C) en ausencia de prueba contraria (P): -P‡C

311 Una presunción material es una norma de comportamiento dirigida al juez que obliga a reconocer una conclusión (C) en presencia de un hecho o situación (E) y ausencia de prueba contraria (P): E. -P‡C

concebir estas presunciones como descripción de la realidad acaso obedezca a que el legislador, cuando establece presunciones (sobre todo, presunciones materiales de hecho), lo suele hacer muchas veces apoyándose en datos científico-técnicos y en reglas de experiencia. Por ejemplo, en la presunción de paternidad matrimonial, la experiencia indica que lo normal es que el matrimonio cohabite y que los niños nacidos en él sean hijos del marido. Pero éste es un conocimiento sólo probable y el legislador, cuando establece la norma de presunción, sabe que la conclusión puede ser falsa. Si no ha habido prueba en contrario, empíricamente sólo puede constatarse la duda, no que la presunción sea cierta.

Las presunciones *iuris et de iure*, por su parte, son también *normas* que, para la protección de ciertos valores y en presencia de determinadas circunstancias, establecen el particular efecto jurídico de dar por verdaderos ciertos hechos y no transigen con ninguna excepción no prevista. Por eso en este tipo de presunciones, con mayor razón que en las *iuris tantum*, pueden adquirir valor de verdad aserciones que son empíricamente falsas.

Más discutible resulta la contribución del *secreto procesal* a la averiguación de la verdad.

En favor de la *publicidad* (y por tanto *contra el secreto*) en el proceso militan varias razones. Por un lado, un *interés público*, pues la publicidad y la transparencia representan a primera vista una condición indispensable para el desarrollo del conocimiento que tiene lugar en el curso de un proceso, y constituyen también un valor político garantizador de la honestidad y limpieza en la toma de decisiones: sólo la publicidad permite el control y la crítica social sobre la decisión judicial. Por otro lado, el *interés de las partes* en su propia defensa y en la regularidad del proceso: sólo el conocimiento de las informaciones acumuladas en el proceso permite la aportación de pruebas y de alegaciones. Ahora bien, en favor del *secreto* (sobre todo cuando se erige también frente a las partes) milita también una razón poderosa: evitar que la intempestiva revelación de las fuentes de prueba y, en particular, de los nombres de los testigos o sospechosos en un delito, favorezca la alteración o la destrucción del material probatorio, la fuga de los culpables y la intimidación de los testigos. En definitiva, la justificación del secreto pretende ser también, como la de la publicidad, la búsqueda de la verdad.

De lo anterior se desprende que el secreto procesal, frente a la publicidad, *admite dos lecturas*. 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. El problema es que la quiebra cotidiana del secreto sumarial comporta para el imputado todas las desventajas del secreto y de la publicidad. Los rumores en torno a la investigación –enormemente acrecentados por la ambigua relación entre los mass media y los jueces– transportan una información distorsionada de los actos



procesales, de modo que “la fuga de noticias” durante la instrucción hace pública una gran cantidad de información (desventajas de la publicidad); pero como esa información está distorsionada no permite a las partes un conocimiento cabal de los actos procesales (desventajas del secreto). Por eso no es sorprendente que hoy las propuestas doctrinales se orienten a favor de convertir a la publicidad en el principio general de todo el proceso, de la instrucción al juicio oral, aunque concediendo al juez la posibilidad de modularla frente a terceros, o de exceptuarla incluso frente a las partes, si bien con un carácter estrictamente excepcional y limitado, justamente en aras de un mejor y más pronto conocimiento de los hechos.

Por último, también puede decirse que las *limitaciones probatorias* limitan o entorpecen la averiguación de la verdad, aunque con algún matiz.

En efecto, si la prueba está orientada a averiguar la verdad, el criterio que ha de regir la investigación de los hechos es la búsqueda de información libre y sin restricciones, criterio que se traduce en la regla epistemológica que establece que *cualquier elemento que permita aportar información relevante sobre los hechos que se juzgan debe poder usarse*. Es evidente que las limitaciones probatorias (sean sobre los medios de prueba, sean sobre las fuentes de prueba) constituyen excepciones a este criterio. Ahora bien, entre ellas encontramos reglas de tres tipos, en función de su contribución a la verdad y de su orientación a la garantía de otros valores.

a) Formarían una primera clase aquellas limitaciones probatorias que, fundadas en el interés cognoscitivo del proceso, *coadyuvan a la averiguación de la verdad*, rechazando o minusvalorando pruebas con bajo valor gnoseológico; por ejemplo, el escrito anónimo o el testimonio de referencia, aunque 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”.

El testimonio de referencia alude a las afirmaciones de un testigo sobre lo que ha oído, pero que no sabe si es verdad; es decir, son informaciones de segunda mano. La justificación que se da en el *Law of Evidence* a esta *Exclusionary Rule* es que, puesto que lo más probable es que el testigo de referencia no tenga un conocimiento personal de los hechos descritos, la parte contra quien juega esa información no tendría la posibilidad de un *cross examination* (con el tercero). En el Derecho español, el testimonio de referencia se admite sólo residualmente y siempre con cautela; en todo caso, se califica de “poco recomendable”.

La prohibición de la tortura, por su parte, aunque se justifica por la inhumanidad de la prueba, se justifica también en su debilidad epistemológica. Los alegatos ilustrados contra ella ya insistían en esto: “en el tormento no hay ni cabe más que un grado de probabilidad, y éste, tan débil, tan frágil, que siempre es inferior al menor de los indicios” (J.P.Fornier, *Discurso sobre la tortura*, 1792).

b) Formarían una segunda clase aquellas limitaciones probatorias que, *fundadas en la protección de otros valores*, claramente *entorpecen (o no ayudan a) la averiguación de la verdad*; es decir, producen (o tienen la capacidad de producir) un menoscabo en la calidad del conocimiento alcanzado. Se trata de reglas que, enderezándose primariamente a la tutela de determinados valores extraprocesales que se consideran relevantes (el interés público, la privacidad de ciertas relaciones, la dignidad humana, las libertades y derechos), los hacen prevalecer frente a las exigencias procesales de averiguación de la verdad. Encontramos entre estas reglas la prohibición, bajo “secreto de Estado”, de usar como pruebas ciertos documentos que pueden afectar a la seguridad del Estado; o las que dispensan o excluyen del deber de declarar por razones de parentesco, o para proteger el secreto de las relaciones abogado/cliente, o el de los ministros del culto, o el de los funcionarios públicos. Pero quizá el caso más significativo lo constituye la prohibición de (admitir y) valorar la prueba ilícitamente obtenida, que merece un comentario particular.

La prueba ilícita es un *caso particular de prueba nula*, porque nula puede ser también la prueba obtenida violentando las reglas institucionales de adquisición de la prueba. Es prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de garantías constitucionales (como la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones: por ejemplo, el acta de entrada y registro practicada fuera de los casos permitidos por la ley o la transcripción de unas escuchas telefónicas ilegales); o infringiendo derechos constitucionales (como el derecho a la defensa: por ejemplo, la declaración del imputado sin haber sido informado de sus derechos); o a través de medios que la constitución prohíbe (por ejemplo, la confesión arrancada mediante hipnosis o sueros de la verdad, proscrita por la protección de la integridad moral y la prohibición de tratos degradantes, o una coacción para obtener declaraciones sobre “ideología, religión o creencias”, proscrita por la tutela de la libertad ideológica y religiosa). La prohibición de prueba ilícita no requiere regulación expresa, pues deriva de la *posición preferente* de los derechos constitucionales en el ordenamiento y de su condición de “inviolables”.

En línea de principio hay dos posibilidades de reacción frente a esta prueba.

Cabe, en primer lugar, considerar que es nula toda prueba obtenida con violación de los derechos y libertades fundamentales. Es decir, la nulidad de la prueba es una manifestación de la teoría de los *frutos del árbol venenoso*: si se ha obtenido de un acto ilícito, la prueba es ilícita (y nula), *sin excepción posible*. Lo mismo sucede con las pruebas (lícitamente) practicadas a partir de la información obtenida en una prueba ilícita: también son nulas. Y similar consideración recibe el caso en que la prueba se haya obtenido cuando se buscaban otras pruebas, porque se considera que para la búsqueda de esa prueba no había cobertura jurídica que garantizara su licitud.

Por ejemplo, si a través de unas escuchas telefónicas ilegales se obtiene información que estimula una diligencia de entrada y registro en la que se encuentran ciertas pruebas, esas pruebas, según esta posición, deben también considerarse nulas, pues traen causa de una prueba nula.





Pero cabe también argumentar –como suele ser frecuente– que la justificación de la nulidad es la producción de un efecto preventivo o disuasorio (*deterrent effect*): la nulidad de las pruebas ilícitamente obtenidas se justifica entonces (no por un supuesto derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada, sino) por la necesidad de disuadir de la violación de esos derechos. Ahora bien, el *deterrent* es un arma de doble filo, pues permite también formular exclusiones a la regla de exclusión. En concreto, esta tesis permite sostener en determinados casos que el acto ilícito ya recibe una sanción, por lo que la prueba debe considerarse válida. O permite sostener que hay que ponderar en cada caso los intereses en juego para dar acogida preferente a uno u otro: el interés en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales y el interés público en la obtención de la verdad procesal. Así, en relación con la prueba practicada a partir de la información obtenida mediante una prueba ilícita, o en relación con la prueba obtenida mientras se buscaba otra cosa, la tesis del *deterrent* permite a la jurisprudencia norteamericana sostener su admisibilidad en momentos de grave aumento de la criminalidad. Y algo muy parecido habría que decir de la jurisprudencia constitucional española inaugurada en 1998, que sostiene que estas pruebas son nulas sólo si existe *conexión de antijuridicidad*, lo que sucede: a) si el conocimiento obtenido en la prueba ilícita resulta indispensable y determinante para la práctica de la segunda prueba; y b) si es muy necesaria una contundente protección del derecho. Pero la doctrina de la conexión de antijuridicidad, si bien puede resultar adecuada para la búsqueda de la verdad, puede propiciar prácticas probatorias recusables, desde el punto de vista de los derechos.

c) Por último, formarían una tercera clase aquellas limitaciones probatorias que, *no orientándose a la protección de ningún valor extrapocesal*, son contrarias al interés cognoscitivo del proceso; es decir, no protegen nada y encima *entorpecen (o no ayudan a) la averiguación de la verdad*.

Así sucede, por ejemplo, cuando una regla establece taxativamente un *numerus clausus* de medios de prueba admisibles en un determinado sistema; es decir, cuando no se reconocen con carácter general otros medios de prueba que los expresamente regulados por la ley. Es verdad que en esa regulación legal taxativa la mayoría de los sistemas probatorios contemplan *todos* los medios de prueba tradicionales, por lo que en este sentido no parece que se planteen particulares problemas. Si la limitación tiene importancia es sobre todo porque entorpece la incorporación de los nuevos avances probatorios, que no tendrían cabida en una interpretación restrictiva de la norma. De todas formas, la opción por el *numerus clausus* de medios de prueba no es un obstáculo insalvable, pues es casi siempre posible hacer una interpretación extensiva de los medios de prueba tradicionales legalmente contemplados que permita la inclusión en ellos de esos nuevos avances probatorios (así, por ejemplo, la aportación de cintas magnetofónicas puede introducirse como documento). Mayores dificultades se plantean cuando lo que se establece es que no se podrán probar ciertos hechos más que con determinados medios de prueba prefijados por la ley, pues en estos casos resulta ciertamente difícil



hacer una interpretación expansiva de la norma legal que permita eludir la restricción en aras del interés cognoscitivo del proceso.

Por ejemplo, cuando la ley establece que el error de hecho de un tribunal de instancia sólo puede probarse en casación por medio de los documentos que obren en autos. O cuando se establece que el pago del precio estipulado, en el juicio de desahucio, sólo podrá probarse por confesión judicial o por documento que acredite el pago. O cuando en la apelación penal la única prueba admisible es la documental.

En suma, la necesidad de asegurar una respuesta más o menos rápida que en algún momento ponga fin al conflicto de manera definitiva y la necesidad de preservar ciertos valores que se consideran merecedores de protección hace que el conocimiento procesal de hechos deba desarrollarse en un marco institucionalizado de reglas que sustituyen los criterios propios de la libre adquisición del conocimiento por otros autorizados jurídicamente. Algunas de estas reglas contribuyen a averiguar la verdad, pero otras (la mayoría) entorpecen o menoscaban este objetivo. Por ello, la institucionalización no debe conducir a deificar acríticamente la verdad alcanzada. Al contrario: la verdad obtenida procesalmente (la verdad procesal) puede ser diferente (de mayor, pero también de menor calidad) que la alcanzada con otros esquemas de conocimiento que no tengan las trabas o limitaciones procesales.

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

De todo lo dicho hasta aquí derivan algunas consecuencias de importancia. La primera es que la hipótesis (o sea, la reconstrucción de los hechos litigiosos de la sentencia) *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, salvo exigencias institucionales de mayor peso, *debe estar sujeta a revisión* si surgieran nuevas pruebas.



## 5. LA MOTIVACIÓN DE LA PRUEBA.

### 5.1. La necesidad de motivación de la prueba.

Pese a que no puede negarse que la necesidad de motivar las sentencias se ha convertido ya en una exigencia incontestable, la cultura de la motivación ha encontrado y aún encuentra una especial resistencia en el ámbito de la prueba. Ello es debido a que el juicio de hecho ha 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. En el primer caso, la motivación aparece como *innecesaria*. En el segundo, 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*.

Sin embargo en un modelo cognoscitivista la motivación ni es innecesaria ni es imposible. Si valorar la prueba consiste en determinar si las afirmaciones introducidas en el proceso a través de los medios de prueba pueden entenderse verdaderas (o probables en grado suficiente), o sea en estimar su correspondencia con los hechos que describen, entonces *es necesaria* la motivación, es decir, la explicitación de las razones que apoyan la verdad de esas afirmaciones. Si así no fuese, la valoración más que libre sería libérrima, subjetiva y arbitraria, con lo cual se abandonarían el cognoscitivismo (y la racionalidad) para entrar en el campo del puro decisionismo judicial. No pueden ser más desafortunadas a este respecto tanto la habitual interpretación del *principio de inmediación*, como la conocida figura jurisprudencial de la valoración o *apreciación conjunta de la prueba*.

La *inmediación*, es decir, la intervención personal y directa (inmediata) del juez en la práctica de la prueba, sigue presentándose mayoritariamente como la condición inexcusable para la libre valoración, pues sólo fundando el juez su convicción en la *impresión inmediata* recibida y no en referencias ajenas -se argumenta- puede reputarse ésta como libre<sup>312</sup>. Ahora bien, como es evidente que las impresiones recibidas por el juez no pueden ser comunicadas, lo que viene a sostenerse es que *en el ámbito de la inmediación el juez es dueño de su valoración*. La libre convicción se entiende entonces como valoración libre, subjetiva y esencialmente incontrolable, como una especie de momento íntimo o místico capaz de suplantar las pruebas o, cuando menos, de permitir su ponderación discrecional y *no discutible*<sup>313</sup>. En otras palabras, el principio de libre valoración, interpretado con el tamiz de la inmediación, se carga de irracionalidad y

312 "Cuanto más libremente se valore la prueba -puede leerse en un tratado de derecho procesal- más necesaria es la percepción directa por el juez. Sólo oyendo al testigo contestar a las preguntas y repreguntas...podrá el juzgador valorar su testimonio", E.Gómez Orbaneja, *Derecho procesal civil*, I, p.297. Es imprescindible que "toda la prueba desfile ante quien ha de juzgar", pues en otro caso resultaría incomprensible el principio de libre apreciación, escribe E.Ruiz Vadillo, *El derecho penal sustantivo y el proceso penal*, p.72.

313 Esta interpretación de la libre convicción está muy arraigada en la ideología de los juristas y ha llegado incluso a definirse como la convicción adquirida *con* la prueba de autos, *sin* la prueba de autos y aun *contra* la prueba de autos; vid. E.J.Couture, "Las reglas de la sana crítica", *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1949, II, p.221.

subjetivismo y anula por completo la posibilidad de motivar. Y es que si la convicción del juez es el resultado de su exposición directa al material probatorio (a través de la cuál el juez se da cuenta si el testigo tiembla o titubea, si se turba o se sorprende, si suda o está entero, y –a través de todo ello– si dice la verdad o miente<sup>314</sup>), entonces esa convicción no es susceptible de racionalización. Esta interpretación de la libre convicción en relación con la inmediación instituye así una zona opaca al control racional que contradice profundamente la cultura de la motivación, pues que las intuiciones e impresiones existan y tal vez sean inevitables no significa que puedan ser esgrimidas como excusa para la no justificación.

Precisamente esta *lectura subjetivista* de la libre convicción ha permitido al Tribunal Supremo español y a una buena parte de la doctrina procesalista mantener la existencia de dos niveles de valoración, uno revisable en casación y el otro no: el primero, constituido por los razonamientos que el Juez pueda realizar a partir de los datos que directamente ha percibido en el juicio oral; el segundo, *incontrolable*, constituido por aquellos aspectos de la valoración que dependan sustancialmente de la inmediación, o sea, de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del tribunal de instancia. En este sentido –aclara aún más esta doctrina– la cuestión de la credibilidad de los testigos, que cae en el ámbito de la inmediación, queda fuera de las posibilidades de revisión. Las consecuencias que derivan para la motivación de esta distinción de niveles de valoración son claras: sólo se insiste en la necesidad de motivar la llamada prueba indirecta (por hacer entrada en ésta el razonamiento del juez), mientras que se alivian (hasta casi anularse) las exigencias de motivación de la prueba directa (pues esta prueba, según otra errónea concepción, no requiere del raciocinio y queda cubierta toda ella por el “paraguas” de la inmediación).

Por su parte, también la doctrina de la “*apreciación conjunta* de los medios probatorios” produce resultados perversos para la motivación, porque –con el exceso de trabajo que pesa sobre los juzgados– permite una declaración genérica de hechos probados sin razonar los motivos ni las fuentes mediante los cuales la prueba se ha conseguido. La práctica de la valoración conjunta no es pues, al final, sino un subterfugio “formal” que hace pasar por discurso justificatorio lo que no lo es en absoluto; un expediente, en fin, que propicia y encubre la ausencia de motivación.

En suma, fallar con arreglo a conciencia no puede significar basar la sentencia en una íntima e intransferible convicción, en una especie de *quid inefable*, de corazonada no exteriorizable ni controlable; no puede significar, como desgraciadamente ocurre en la práctica, consagrar el subjetivismo del juez y refugiarse en una cómoda declaración de hechos probados sin razonar los motivos por los que lo han sido. Si la racionalidad de la decisión probatoria ha de ser controlada, es evidente que ese control se proyecta sobre las razones que fundamentan la libre convicción del juez. Sostener lo contrario

---

314 Esta es una tesis sostenida tranquilamente en la doctrina y la jurisprudencia.



sería dar pábulo a la idea de *justicia del cadí*, de poder jurisdiccional puramente potestativo, arbitrario e incontrolable; contrario, en fin, al espíritu de un sistema probatorio que se quiera cognoscitivistista, fundado no en el poder sino en el *saber*, un saber "sólo probable, pero precisamente por ello refutable y controlable"<sup>315</sup>. Por eso, si la motivación no es directamente una garantía de verdad, sí lo es indirectamente, en la medida en que permite un control sobre ese espacio de discrecionalidad que es el ámbito de la libre valoración.

No obstante -insistamos en ello- sigue todavía muy anclada en la conciencia jurídica y en la práctica jurisprudencial una concepción *subjetivista* de la libre convicción. Se dice, por ejemplo, que sólo con alguna prueba (aunque fuese mínima) puede condenarse si se llega subjetivamente, en íntima convicción, a esa conclusión" (J.A.de Vega, *Estudios Jurídicos*, Canarias, 1988, p.122). O que el juzgador, a la hora de apreciar las pruebas practicadas lo hará "de un modo tan libérrimo u omnímodo que no tiene más freno a su soberana facultad valorativa que el proceder al análisis con arreglo a su propia conciencia, a los dictados de su razón analítica y a una intención que se presume siempre recta e imparcial" (STS de 10 de febrero de 1978). O que la facultad de apreciación en conciencia "no exige explicación ni razonamiento alguno" (STS de 11 de octubre de 1978).

## **5.2 En qué consiste la motivación. Relaciones entre justificación y descubrimiento.**

La motivación es un género de *justificación plasmada en el documento* de la sentencia. Pero en qué haya de consistir esa motivación depende de cómo se conciben las relaciones entre descubrimiento y justificación.

En el discurso sobre la prueba, el *descubrimiento* es el *iter* intelectual que ha conducido al juez a formular como verdaderas aserciones sobre hechos controvertidos; la *justificación* hace referencia a las razones por las que esas aserciones pueden entenderse verdaderas. Pues bien, por más que el proceso de descubrimiento pueda y deba transcurrir mediante operaciones racionales (las que presiden la valoración de la prueba y que después contarán como argumentos justificatorios), en él también pueden estar (y de hecho están) presentes elementos puramente emotivos o no racionales: aquéllos que - como se vio- propician una cierta interpretación del principio de intermediación. El corolario de lo anterior resulta claro: la justificación no puede confundirse con el descubrimiento, y por ello *la motivación no puede entenderse como la reproducción de las causas reales* (que pueden ser también psicológicas, sociológicas o puramente intuitivas o irracionales) que han conducido a las afirmaciones sobre hechos, sino sólo como el conjunto de argumentos que permiten presentar tales afirmaciones como verdaderas.

---

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

Tomando el ejemplo de Hamlet: el fantasma reveló a Hamlet que su padre no murió de muerte natural, sino que fue asesinado por el marido de su madre. Hamlet tiene esta información porque se lo reveló el fantasma, pero ahora tiene que justificar que esto fue así; es decir tiene que justificar la hipótesis (*h*) ('El padre de Hamlet fue asesinado por el marido de su madre'), y para ello se habrá de apoyar en las pruebas *p1*, *p2* y *p3*:

*p1*: 'El marido de la madre de Hamlet tenía motivos para matar al padre de Hamlet (convertirse en rey de Dinamarca).'

*p2*: 'Ese hombre y su madre se casaron apresuradamente'.

*p3*: 'El padre de Hamlet gozó siempre de buena salud'.

A los efectos de justificar *h* es indiferente que Hamlet se formara su convicción sobre los hechos por las revelaciones del fantasma o por un proceso inductivo que lo pudo conducir desde *p1*, *p2* y *p3* hasta *h*. Lo importante es justificar que *h* es (probablemente) lo que ocurrió.

Pero además la separación entre descubrimiento y justificación cobra una especial importancia en un contexto de prueba institucionalizado, donde, en virtud de diversas reglas jurídicas, hay pruebas que no deben ser atendidas o conocimientos extraprocesales que no deben ser tomados en consideración. El juez debe entonces adoptar su decisión sobre los hechos "como si" no conociese esos datos, sin embargo es evidente que tales pruebas y conocimientos pueden influir psicológicamente en su decisión. Por ello, al final, este deber de "sentenciar...como si" sólo puede controlarse a través de la motivación: el juez debe saber motivar incluso contra su convicción, "y no debe [] hacer decir [] a los otros elementos de prueba lo que le hayan podido comunicar los elementos inutilizables, si aquéllos no tienen capacidad de transmitir ese conocimiento a quien conoce *solamente* éstos"<sup>316</sup>. La necesidad de distinguir descubrimiento y justificación aflora otra vez; ahora por razones institucionales.

En la doctrina y sobre todo en la praxis jurisprudencial no siempre se es consciente de esta distinción entre descubrir y justificar, lo que provoca no pocas confusiones y malentendidos. La que a veces se denomina *concepción mentalista o psicologista* de la motivación constituye un buen ejemplo de esta confusión, pues expresa la posición de quienes entienden que motivar consiste en hacer explícito el proceso mental que ha llevado a la decisión. Si a ello se añade que tradicionalmente la libre valoración se ha concebido como convicción íntima, intransferible e irreproducible, se comprenderá por qué ha podido mantenerse que el proceso de descubrimiento (guiado por es íntima convicción) no es susceptible de justificación; por qué, en suma, la motivación se ha mostrado como una operación imposible.

<sup>316</sup> E.Fassone, "Quaestio facti", *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, cit. p.319.



Seguramente es también esta confusión entre justificación e *iter* decisional lo que hace que algunos sigan viendo imposible (o muy difícil) una *rigurosa* motivación de los hechos, porque imposible (o muy difícil) resulta la explicitación y subsiguiente control de *todo* el proceso mental que ha llevado a la decisión. Y, del mismo modo, sostener que en un órgano colegiado no es exigible (y que en todo caso es imposible) una motivación exhaustiva, porque no se ve cómo habría de redactarse la sentencia habida cuenta que los diferentes miembros del colegio han podido llegar a la conclusión por diferente camino, obedece de nuevo a que se está identificando entre motivación y reproducción del *iter* mental. Cuando se distingue claramente entre ambos conceptos desaparece cualquier diferencia esencial entre la motivación de un juez unipersonal y la de un juez colegiado: el fuero interno de cada uno de los jueces del órgano colegiado se expresará en el debate anterior a la sentencia, y no en la sentencia misma.

En conclusión, 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 éste pueden aparecer elementos arracionales de los que no puede hacerse cargo aquélla. La motivación asume pues una tarea depuradora sobre la actividad cognoscitiva que reclama del juez una reconsideración de sus iniciales convicciones a la luz de los argumentos racionales, que son los únicos que ineludiblemente ha de emplear para fundar su decisión.

### 5.3. El estilo de la motivación.

Existen en línea de principio dos grandes técnicas de motivación: la analítica y la globalizadora. La *técnica analítica* entiende que la motivación ha de estructurarse en una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, del valor probatorio que se les ha asignado y de toda la cadena de inferencias que ha conducido finalmente a la decisión. La *técnica globalizadora*, en cambio, consiste, *grosso modo*, en una exposición conjunta de los hechos, en un relato, una historia que los pone en conexión en una estructura narrativa. La celebrada y tan en alza *coherencia narrativa* es el mejor apoyo teórico de esta manera de actuar.

En la práctica judicial domina abrumadoramente la técnica del relato. Dicha técnica, sin embargo, presenta dos importantes deficiencias que conducen a su rechazo. La primera es que, tal y como es puesta en práctica en la mayoría de los casos, la técnica del relato en vez de aclarar confunde, pues no cobra cuerpo en una exposición bien narrada de la *historia* de los hechos, sino en la declaración apodíctica de los mismos como *probados*, siguiendo en la forma -como se ha dicho- “el torturado y torturador modelo de la francesa *phrase unique*, redactada en jerga impenetrable y siempre bien aderezada de gerundios”<sup>317</sup>. Pero además -y esta es la principal deficiencia- la técnica

317 P.Andrés, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa*, 12, 1992, p.288.

del relato no sólo puede provocar confusión, sino, lo que es peor, puede ser una pantalla que escude una decisión judicial insuficientemente justificada.

En efecto, si justificar los enunciados fácticos consiste en aportar razones que permitan considerarlos verdaderos (o probables en grado suficiente) a la luz de las pruebas practicadas, no se ve qué tipo de justificación puede aportar el simple relato, es decir, una sucesión de enunciados sobre hechos probados, mejor o peor narrados. El relato *presupone* la verdad de los enunciados que lo componen, pero no constituye *per se* justificación de los mismos. Por lo demás, y conectado con lo anterior, la técnica del relato está también reñida con una de las funciones básicas que cumple la motivación, y que se cifra en limitar la actividad irracional o arbitraria del juez a través de los recursos: difícilmente podrá controlarse la racionalidad de la decisión probatoria mediante los recursos si en la sentencia no se expresan los criterios que pretendidamente la sostienen y se opta por una simple narración fáctica.

Por todo lo anterior, si la motivación, en cuanto actividad justificadora, quiere ser asumida de una manera cabal, la técnica del relato debe ser sustituida por la analítica, consistente en la exposición y valoración individual y ordenada de todas las pruebas practicadas. Más exactamente, la motivación ha de consistir “en dejar constancia de los *actos de prueba* producidos, de los *criterios de valoración* utilizados y del *resultado* de esa valoración. Todo ello con la necesaria precisión analítica, previa a una evaluación del material probatorio en su conjunto”<sup>318</sup>. Este es el único estilo de motivación que permitiría: a) controlar exhaustivamente la entrada en la sentencia de elementos probatorios inaceptables o insuficientemente justificados; y b) controlar todas las inferencias que componen la cadena de justificación. Y al respecto tres precisiones.

La primera tiene que ver con el *papel de la valoración conjunta* en este estilo de motivación. La valoración conjunta, tan vinculada a la técnica del relato, no constituye por sí sola justificación alguna; antes al contrario, es una práctica que eventualmente camufla decisiones injustificables o en cualquier caso injustificadas. Ahora bien, la técnica analítica no desprecia o prescinde de la valoración conjunta; tan sólo la priva de valor justificatorio si no va precedida de la exposición y valoración individualizada de las pruebas practicadas que, después, se valoran conjuntamente. Es más, la valoración conjunta no sólo no es despreciada sino que cobra pleno sentido si se tiene en cuenta que la justificación de los hechos dista, por lo general, de ser algo simple. La mayoría de las veces son muchos los elementos probatorios de tipo diverso que concurren en favor o en contra de una hipótesis, y no todos tienen el mismo valor probatorio y, por tanto, justificatorio; la justificación de la hipótesis se ha de fundar entonces en la valoración conjunta de todos estos elementos. Pero es que, además, en muchas ocasiones los mismos datos probatorios permiten justificar hipótesis o historias diferentes; en estos casos hay que confrontar esas hipótesis dando razones de por qué se opta por una en detrimento de otras, y este ejercicio de confrontación requiere justamente una valoración

---

318 P.Andrés, “De nuevo sobre la motivación de los hechos”, *Jueces para la democracia*, 1994, p.87.





conjunta de todos los datos probatorios. En suma, en el estilo analítico, la valoración conjunta cumple su papel cuando ya se ha justificado individualmente la valoración de cada prueba relevante practicada y traduce en realidad la exigencia de ponderar, de cara a la justificación final, el valor probatorio de todas esas pruebas conjuntamente consideradas.

La segunda precisión es más bien una insistencia. La motivación -ya se ha dicho- debe consistir en la exposición y valoración individual y ordenada de todas las pruebas practicadas. Pero -nótese-, de *todas las pruebas practicadas*. No, por tanto, sólo de aquellas que versan directamente sobre un hecho principal, sino también de las que tienen que ver con la comprobación de un hecho secundario cuando éste constituya una premisa para establecer la verdad de un hecho principal. Y (sobre todo) no sólo de aquellas que se estimen conducentes a la decisión, sino también de aquellas otras que, de ser valoradas positivamente, conducirían a una decisión distinta. Esta última insistencia no es baladí, pues resulta muy fácil a un juez excluir en la motivación aquellas pruebas relevantes cuyos resultados no coincidan o contrasten con la reconstrucción de los hechos que pretende justificar. Por ello, si no quiere escamotearse a la motivación su sentido justificatorio no debe rebajarse la exigencia de examinar y valorar *todas* las pruebas relevantes, y por consiguiente también (o sobre todo) las que no avalan la reconstrucción de los hechos que se justifica: la justificación no será completa si no se justifica también por qué no se han atendido estas pruebas.

Por último, la exigencia de motivación *exhaustiva* que deriva del estilo analítico se orienta a hacer de la sentencia un documento autosuficiente, que se explica a sí mismo; un documento que muestra cómo de la actividad probatoria realizada se llega racionalmente al relato fáctico resultante. Por tanto no basta con una motivación sobreentendida o que remita a las actas. Debe estar hecha de tal modo que permita al lector *externo* (y más si carece de cualificación técnica) una comprensión cabal de lo sucedido en el enjuiciamiento y del fundamento de la decisión.

Pero la exigencia de motivación exhaustiva no puede confundirse (ni por tanto entenderse cumplida) con una motivación simplemente profusa. No se trata de auspiciar motivaciones extensas, prolijas, interminables. Es más, algunas motivaciones extensas, pero repletas de malabarismos argumentativos y vericuetos dialécticos no sólo resultan poco comprensibles y (al menos en este sentido) poco racionales, sino que además pueden ser una pantalla que encubra alguna arbitrariedad. De lo que se trata es más bien de adoptar un estilo de motivación que huya de los argumentos *ad pompam* o *ad abundantiam* y que se ciña a los elementos precisos para hacer racionalmente justificada y controlable la decisión. Como afirma Taruffo, "la justificación que sigue rigurosos cánones de racionalidad es más completa, pero también más simple y lineal"<sup>319</sup>.

---

319 M.Taruffo, *Il vertice ambiguo*, Bolonia, Il Mulino, 1991, p.150.

## 5.4 Resumen: reglas sobre la motivación.

1. Motivar es justificar. La motivación no puede entenderse cumplida si no se aportan razones que permitan sostener como correcta la decisión judicial fáctica.

Lamentablemente esta aserción no es una obviedad. En muchas sentencias, al hablar del desarrollo de la prueba, puede leerse: “nos remitimos al Acta, en aras de la brevedad”.

2. Motivar exige explicitar (y justificar) las pruebas usadas y explicitar el razonamiento. El razonamiento exigible a efectos de motivación debe permitir pasar de los datos probatorios a los hechos probados, según las reglas de inferencia aceptadas y las máximas de experiencia usadas.

Desgraciadamente, lo que jurisprudencialmente se entiende por explicitar el razonamiento a efectos justificatorios produce a veces gran insatisfacción, a juzgar por pronunciamientos del siguiente tenor: la única contradicción del razonamiento probatorio relevante a efectos de su revisión en casación es “la que se puede producir cuando el Tribunal hace afirmaciones sobre los hechos que se contradigan lógicamente (*por ejemplo que X esté muerto y esté vivo*) o que según la experiencia sean imposibles (*por ejemplo que un caballo vuele*)”. Fuera de estas situaciones no existe contradicción relevante.

3. Todas las pruebas requieren justificación. También, por tanto, la llamada prueba directa.

El no haber reparado en que la llamada habitualmente prueba directa es también, como la indiciaria, una prueba de tipo inductivo, ha conducido a un relajamiento ostensible de las exigencias de control. Así, el Tribunal Supremo español señala que el “incumplimiento del deber de motivación en la prueba directa, aun suponiendo una irregularidad formal, no produce indefensión, ni la nulidad del correspondiente acto judicial. Al contrario de lo que sucede en la prueba indirecta o indiciaria, donde es exigible que el correspondiente razonamiento se exprese”.

4. La motivación exige una valoración individualizada de las pruebas. La valoración conjunta no sustituye sino que viene después de la valoración singularizada de las pruebas, tomadas de una en una.

5. Han de considerarse todas las pruebas practicadas. *En particular, una sentencia condenatoria debe dar cuenta razonada de por qué no se han atendido las pruebas exculpatorias; o sea, debe justificar la valoración conferida a los medios de prueba exculpatorios. Y una sentencia absolutoria debe dar cuenta razonada de por qué no se han atendido las pruebas inculpatorias; o sea, debe justificar la valoración conferida a los medios de prueba inculpatorios.*



# BIBLIOGRAFÍA

- M. Weber, *Economía y Sociedad*, ed. De J. Winckelmann, trad. De J. Medina Echeverría y otros, Madrid, FCE, 10º reimp.1993
- E. García de Enterría, “ la lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo” 1974 3º ed. Madrid, Civitas 1989 E. García de Enterría,, “ La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo” 1974 3º ed. Madrid, Civitas, 1989
- S. Masó, “ Contrato Social” en *Escritos de Combate*, Madrid, Alfaguara, 1979, libro II
- M. Martínez Neira, “ Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones 1995. Madrid Trotta. 1996
- M. García Pelayo, “ Estado legal y estado constitucional de derecho” en *Obras completas*, III Madrid, 1991
- M Fioravanti, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*.
- M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho* Barcelona, Ariel 1996
- L.Prieto “ Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico, Madrid 1992
- L. Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* 1989 trad. De P. Andrés, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Madrid, Trotta, 1995
- M. Blázquez y P. de Vega, Madrid, Tecnos 1972 libro XI
- L. Prieto *Constitucionalismo y positivismo*. Fontamara, México 1997
- G. Zagrebelsky. *El derecho dúctil. Ley, principios, justicia* 1992, trad. De M. Gascón, Madrid, Trotta, 1995
- L. Prieto “ Notas sobre la interpretación constitucional” *Revista del centro de estudios constitucionales*, 1991, “ Notas sobre discrecionalidad y legitimación” 1994
- G. E. Moore, *Principia Ethica* 1903 trad. De María Vázquez Guisán, Crítica Barcelona 2002
- I. Kant. “ La metafísica de las costumbres” 1797, Tecnos Madrid,1989
- I. Kant “ Sobre el tópico: esto puede ser correcto en teoría pero no vale para la práctica”. Alba Barcelona 1999
- I Kant. “Fundamentación de la metafísica de las costumbres” 1785, Austral, Madrid 1994
- I Kant “ Sobre un presunto derecho a mentir por filantropía” 1797, Barcelona 1999
- Robert Alexy “ Teoría de la argumentación jurídica”
- J. A. peréz LLedó “ El movimiento de los critical legal studies” Tecnos, Madrid 1996
- J. H. von Kirchmann “ La jurisprudencia no es ciencia 1847, Madrid 1983
- G.H. Von Wright “ Explicación y comprensión”, Alianza Universidad, Madrid 1979

- A. Aarnio, A. Alexy y A. Peczanick "The Foundation of legal reasoning" Duncker y Humblot, Berlín
- E. Pattaro "La razón en el derecho". Comentario a Norberto Bobbio 1985
- N. Bobbio "Reason in law" 1988
- G. Fasso, "Historia de la filosofía del derecho", Madrid 1980
- Montesquieu, "Del espíritu de las leyes" Tecnos, Madrid 1985
- A. Ollero, "Interpretación del derecho y positivismo legalista" Editoriales de derecho reunidas, Madrid 1982
- L. Recasens "Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica de lo razonable" Universidad Nacional de México, México 1971 L. Recasens "Antología 1922-1974, Fondo de cultura económica, México DF 1976
- C. Beccaria "De los delitos y las penas" Madrid 1974
- C. E. Alchourrón y E. Bulygin "Introducción a la mitología de las ciencias jurídicas y sociales" Asrea, Buenos Aires, 1987
- J. A. García Amado, "Teorías de la tópic jurídica, Civitas, Madrid, 1988
- L. Prieto Sanchos "Ideología e interpretación jurídica", Tecnos Madrid 1987
- Ch Perelman "La lógica jurídica y la nueva retórica" 1976 Civitas, Madrid.
- G. Kantorowicz "La lucha por la ciencia del derecho", Buenos Aires 1949
- J. Bengoetxea, N. MacCormick y L. Moral Soriano "Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice" en G. De Búrca y J. H. H. Weiler, The European court of justice O. U P Oxford
- H. L.A Hart "El Concepto de derecho" 1961 trad. De Génaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992
- K Popper, "La lógica de la investigación científica" 1934, Madrid.
- M. Gascón "Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba, Marcial Pons, Madrid 1999
- R. Alexy, "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica" en Garzón Valdés. Derecho y filosofía, Alfa Barcelona/ Caracas 1988
- R. B Brandt, "Teoría ética", Esperanza Guisán, Alianza, Madrid 1982
- M Atienza, "El sentido del derecho", Barcelona, Ariel 2001
- R. Guastini "Le fonti del diritto e l'interpretazione, Milán, Giuffré 1992
- R. Dworkin "Los derechos en serio" Ariel, Barcelona 1984
- H. Kelsen, "La teoría pura del derecho" trad. Roberto J. Vernengo, Porrúa México 1991
- J. Wróblewski "El papel de los principios del derecho en la teoría e ideología de la interpretación jurídica, en sentido y hecho en el derecho, Servicio Editorial, Universidad del País Vasco, San Sebastián 1989
- J. C. Bayón, La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción, C. E.C Madrid 1991
- R. Blanco Valdés "El Valor de la Constitución". Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal, Madrid, Alianza 1998
- V. Ferreres, "Justicia constitucional y democracia" Madrid CEC 1997



- A. Bickel "The least dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics, New Haven, Yale Univ. Press 1962
- Wellmer A. "Ética y diálogo". Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso, Anthropos, Barcelona 1994
- Prieto, L. "Constitucionalismo y positivismo, Fontamara, México 1997 Prieto, L. "La doctrina del derecho natural" en Betegón, J. Gascón, M. Páramo, J. r de Prieto Madrid 1997
- R. Alexy "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica" Barcelona 1985
- E. Bulygin "Tiempo y validez" en Alchourrón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991