

PROGRAMA

0. Presentación.

- Enfoque.
- ¿Qué es la argumentación en materia de hechos?
- El silogismo judicial. Problemas de la premisa normativa y problemas de la premisa fáctica. La argumentación en materia de hechos como el estudio de los problemas de prueba y motivación de la premisa fáctica.
- Esquema del curso:
 - Introducción a los conceptos básicos de la argumentación jurídica.
 - Introducción a conceptos y problemas básicos de la epistemología.
 - Análisis de la inferencia probatoria en el contexto judicial.
 - Análisis conceptual de algunos tipos de hechos jurídicamente relevantes:
 - El concepto de acción. Acción y omisión. Acciones intencionales y no intencionales.
 - El concepto y la prueba de la intención.
 - El concepto de causalidad.
 - El concepto de emoción.

1. Introducción a los conceptos básicos de la argumentación jurídica.

- Argumento o inferencia.
- Elementos de un argumento.
- Argumentos completos e incompletos.
- Argumentos y meras opiniones.
- El esquema de la argumentación de Toulmin.
- Argumentos teóricos y prácticos. Enunciados descriptivos y enunciados prescriptivos. La noción de dirección de ajuste.
- Contexto de descubrimiento y contexto de justificación.
- Justificación interna y justificación externa.
- Argumentos deductivos, inductivos y abductivos.

2. Introducción a los conceptos y problemas básicos de la epistemología:

- La epistemología como el estudio de los modos del conocimiento humano y los problemas que plantea: Estudios en torno al concepto de verdad, los métodos para conocer y justificar el conocimiento, la posibilidad de un conocimiento objetivo de la realidad, etc.
- El concepto de hecho. Hechos y descripciones. Hechos y objetos.
- Tipos de hechos. Clasificación.
- Hechos naturales y hechos institucionales.
- Objetivismo y escepticismo. Una vía intermedia: El objetivismo crítico: La distinción entre hecho externo, hecho percibido y hecho interpretado. El conocimiento de los hechos es conocimiento e interpretación de hechos.

- El concepto de verdad: Teoría de la verdad como correspondencia. Escepticismo y verdad. Teorías alternativas de la verdad. Concepto y criterios de verdad. Verdad aproximada. Verdad y probabilidad: dos sentidos de probabilidad.

- La "epistemología" detrás de la dogmática procesal:

La ambigüedad de "prueba": Como actividad, como resultado, como medio de prueba (indicios) o como razonamiento.

Discusión de los siguientes tópicos:

a) Se prueban afirmaciones, no hechos. Desconexión entre unas y otras.

b) La verdad no es la finalidad de la prueba. La concepción persuasiva de la prueba.

c) La verdad procesal o verdad judicial como distinta de la verdad material y como finalidad de la prueba.

3. La inferencia probatoria.

- ¿En qué consiste "probar" un hecho? "Prueba" como razonamiento. La estructura de la inferencia probatoria. Análisis siguiendo la estructura de los argumentos de S. Toulmin.

- Elementos de la inferencia probatoria:

- hechos que prueban (hechos probatorios)

- hechos que hay que probar (hipótesis)

- enlace. Tipos de enlace. Clasificación de las inferencias probatorias según el enlace.

- tres dimensiones de la inferencia probatoria: - Su finalidad.

- Su fundamento

- Su fuerza.

- **Las inferencias probatorias normativas (IPN):**

- Cuando el enlace es una regla de valoración de la prueba o una presunción.

- ¿Qué es una presunción? Ambigüedad. Como inferencia o como enunciado. Como enunciado que expresa una regla de inferencia o como norma jurídica. Presunciones legales y jurisprudenciales.

- Tipos de presunciones:

a) Derrotables (iuris tantum) y no derrotables (iuris et de iure)

b) Presunciones condicionales y presunciones categóricas.

c) presunciones con fundamento cognoscitivo y presunciones con fundamento político o valorativo.

- La argumentación frente a una presunción.

- Justificación de las inferencias probatorias normativas.

- **Las inferencias probatorias epistémicas (IPE):**

- Cuando el enlace es un enunciado que expresa una regularidad: Máx. de experiencia. Máx. de sentido común, técnico-jurídicas y científicas.

- Máx. que expresan regularidades universales y máx. que expresan regularidades probabilísticas.

- El fundamento, la fuerza y la finalidad de las máximas de experiencia.

- ¿Qué tipo de argumento es la inferencia probatoria epistémica? ¿Deducción, inducción, abducción?

- La IPE y la verdad. El carácter gradual de la IPE.

- Criterios de solidez de la IPE. Criterios de racionalidad epistemológica.

a) Relativos a los hechos probatorios:

1) Fiabilidad:

- Observación directa del juez/inferencia

- Prueba directa e indirecta.

- Inmediación.

- 2) Pertinencia
- 3) Cantidad
- 4) Variedad
- b) Relativos a las máximas de experiencia:
 - 1) Fundamentación (alta probabilidad inferencial/credibilidad)
 - 2) Alta probabilidad causal o estadística.
- c) Relativos a la hipótesis:
 - 1) No refutación directa o indirecta.
 - 2) Grado confirmación: confirmación hipótesis derivadas.
 - 3) Capacidad explicativa.
 - 4) Eliminación hipótesis alternativas.
 - 5) Coherencia.
 - 6) Simplicidad.

- La función de los criterios de racionalidad epistemológica: En el contexto de descubrimiento; en el contexto de justificación.

- La función del estándar de prueba. El problema de los estándares "más allá de la duda razonable" y la "íntima convicción". El "probabilismo jurídico". Crítica al uso del Teorema de Bayes para establecer el estándar de prueba. Otras formulaciones. Insuficiencia. La vuelta a la valoración de las pruebas normativamente dirigida.

- Las inferencias probatorias conceptuales (IPC):

- Finalidad, fundamento y fuerza de las definiciones de los conceptos fácticos.
- El problema de la relatividad conceptual.
- La teoría de la verdad como "correspondencia bajo un esquema conceptual". La reconstrucción de la objetividad.
- Criterios de corrección de los conceptos.

4. Los tipos de hechos básicos

A) El concepto de acción.

- El concepto intuitivo de acción.
- El problema de la individualización de acciones.
- Unificadores y multiplicadores.
- Von Wright y Hart.
- Paralelismo teoría de la acción de los filósofos y de los penalistas.
- Las tres dimensiones de la acción y la compatibilidad entre las tres perspectivas.
- Los elementos de la acción:
 - a) Intención.
 - b) MC.
 - c) Cambio interno.
 - d) Conexión.
 - e) Interpretación. intencional vs. no intencional.
- La prueba de la acción intencional.
- La prueba de la acción no intencional.

B) El concepto de omisión.

- Los elementos de la omisión.
- La prueba de la omisión.

C) La prueba de la intención.

- Por qué plantea problemas: hechos externos vs. hechos psicológicos.
- ¿La atribución de intenciones es un juicio descriptivo o un juicio de valor? Descriptivismo y adscriptivismo.
- Argumentos a favor del adscriptivismo y su valoración.
- El PRM. y la prueba de la intención.

D) La prueba de la causalidad:

- El concepto de causalidad. Causa completa (contexto causal) y causa específica.
- Los criterios de selección de la causa específica.
- La causalidad de la omisión.
- La prueba de la causalidad.

E) El concepto de emoción.

- La relevancia de las emociones para el Derecho.
- La relevancia de las emociones para la argumentación.
- La concepción aristotélica de las emociones.
- Dos concepciones (irracionalista y racionalista) de la emoción.
- Una concepción integradora: Los elementos de las emociones. la vinculación entre emociones y creencias.
- La racionalidad de las emociones.
- El control de las emociones.
- Emociones, responsabilidad, contenido de las emociones e intensidad emocional.

Apuntes sobre Prueba y Argumentación jurídica.

- 1. ¿Qué es probar un hecho?**
- 2. ¿Qué es un hecho?**
- 3. ¿Qué tipos de hechos hay?**
- 4. ¿Es posible conocer los hechos?**
- 5. ¿Qué hechos deben ser probados?**
- 6. ¿Cuál es la finalidad de la prueba?**
- 7. ¿Cuándo un enunciado es verdad?**
- 8. ¿Qué es la verdad procesal?**
- 9. ¿Cuál es la estructura de la inferencia probatoria?**
- 10. Tres tipos de inferencia probatoria.**
- 11. La forma de la inferencia probatoria.**
- 12. El carácter probabilístico de la inferencia probatoria epistémica.**
- 13. La valoración de la prueba. Criterios de solidez de la inferencia probatoria epistémica.**
- 14. Sobre el estándar de prueba.**

1. ¿Qué es probar un hecho?

Las normas jurídicas pueden verse como instrumentos de los que dispone el juez para resolver los conflictos jurídicos que se le presentan. Tales normas tienen una estructura condicional que correlaciona un supuesto de hecho (que se refiere genéricamente a una clase o tipo de hechos) con una consecuencia jurídica. Las normas, por tanto, le dicen al juez qué decisión debe tomar si se produce determinado tipo de hechos. Por ello, el juez debe establecer si estos hechos han tenido lugar, como paso previo para la resolución del conflicto. El Derecho, por tanto, tiene la pretensión de reaccionar con determinadas soluciones jurídicas (sanciones u otro tipo de efectos jurídicos) ante distintas situaciones que puedan darse en la realidad. Esta pretensión es fundamental para su función de guía de la conducta, resolución de conflictos y ordenación de la sociedad.

El medio que tiene el sistema judicial para comprobar si los hechos descritos en el supuesto de hecho de la norma han tenido lugar es lo que llamamos “prueba de los hechos”.

La palabra “prueba”, tal como se usa por parte de los juristas, tiene una fuerte ambigüedad; los juristas suelen usarla para referirse:

(a) a la actividad de probar algo;

(b) a los medios de prueba (es decir, los instrumentos que usamos para averiguar la verdad sobre los hechos del caso);

(c) al resultado arrojado por los medios de prueba, esto es, a los hechos probados del caso.

Podemos decir, por ejemplo, que Ticio acusa a Cayo de haber matado a Sempronio, por lo que a él le corresponde la *prueba* de esos hechos (prueba como actividad); para ello dispone de varias *pruebas*: declaraciones de testigos, informes periciales, etc. (prueba como “medios de prueba”); y que como resultado de todo ello ha quedado *probado* que Cayo fue el culpable (prueba como resultado o los hechos probados).

A estos sentidos hay que añadir un cuarto: para pasar de la información obtenida a través de los medios de prueba a los hechos probados es preciso un razonamiento, al que en ocasiones también se le llama “prueba”. Un razonamiento (o inferencia, o argumento) es un conjunto de enunciados que expresan razones que apoyan una conclusión. La prueba de un hecho, en este sentido, es el razonamiento que trata de mostrar que tenemos suficientes razones para aceptar que ese hecho ha ocurrido, que ha tenido lugar. Éste es el sentido de “prueba” que vamos a analizar en este primer módulo. Considerado de esta manera, “probar” es un tipo de razonamiento o argumento que no es exclusivo del proceso judicial, sino que es común a muchos otros ámbitos no jurídicos, tanto científicos como cotidianos. Determinar si ciertos hechos históricos ocurrieron de una manera u otra, qué es lo que causó determinado fenómeno natural o, simplemente, por qué supusimos que fue nuestro amigo Pedro el que nos llamó el otro día, mientras estábamos ausentes, son ejemplos de este razonamiento.

Probablemente, los razonamientos más famosos de este tipo proceden de la literatura: son los que el escritor Arthur Conan Doyle pone en boca de su detective Sherlock Holmes. Por ejemplo, en *Estudio en escarlata* Holmes deja asombrado a su recién conocido Watson al concluir que ha llegado de Afganistán con el siguiente razonamiento:

“He aquí a un caballero que responde al tipo de hombre de medicina, pero que tiene un aire marcial. Es, por consiguiente, un médico militar con toda evidencia. Acaba de llegar de países tropicales, porque su cara es de un fuerte color oscuro, color que no es el natural de su cutis, porque sus muñecas son blancas. Ha pasado por sufrimientos y enfermedad, como lo pregona su cara macilenta. ha sufrido una herida en el brazo izquierdo. lo mantiene rígido y de una manera forzada... ¿En qué país tropical ha podido un médico del ejército inglés pasar por duros sufrimientos y resultar herido en un brazo? Evidentemente, en el Afganistán”

En este razonamiento podemos distinguir entre la conclusión (el hecho probado): “Watson ha servido en Afganistán”, y las razones (“he aquí un caballero que responde al tipo de hombre de medicina...”, “su cara es de un fuerte color oscuro”, etc.). En la misma novela Sherlock Holmes le explica a Watson en qué consiste este tipo de inferencias:

“El gran factor, cuando se trata de resolver un problema de esta clase, es la capacidad para

razonar hacia atrás. Esta es una cualidad muy útil y muy fácil, pero la gente no se ejercita mucho en ella. En las tareas corrientes de la vida cotidiana resulta de mayor utilidad el razonar hacia adelante, y por eso se la desatiende. Por cada persona que sabe analizar, hay cincuenta que saben razonar por síntesis.

—Confieso que no le comprendo —le dije.

—No esperaba que me comprendiese. Veamos si puedo plantearlo de manera más clara. Son muchas las personas que, si usted les describe una serie de hechos, le anunciarán cuál va a ser el resultado. Son capaces de coordinar en su cerebro los hechos, y deducir que han de tener una consecuencia determinada. Sin embargo, son pocas las personas que, diciéndoles usted el resultado, son capaces de extraer de lo más hondo de su propia conciencia los pasos que condujeron a ese resultado. A esta facultad me refiero cuando hablo de razonar hacia atrás; es decir, analíticamente.”

El razonamiento que realizan los jueces para dar por probados determinados hechos suele ser también un “razonamiento hacia atrás”, en el que, a partir de los medios de prueba se trata de llegar a una conclusión acerca de otros hechos ocurridos con anterioridad.

2. ¿Qué es un hecho?

A la vista de lo anterior, la prueba gira en torno a los hechos: los hechos (más exactamente, enunciados sobre hechos) constituyen tanto las premisas como la conclusión del razonamiento probatorio. Pero ¿qué es un hecho? No resulta fácil definir un concepto tan básico.

En filosofía se hacen usos a veces muy técnicos del término “hecho”, pero el sentido en el que se usa esta expresión en el marco de la teoría de la prueba judicial se puede aclarar con una explicación de Bertrand Russell. Este autor define a los "hechos" como aquello que hace verdaderas o falsas a nuestras proposiciones o creencias:

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

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

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

Dado que los objetos no sirven para hacer verdaderas o falsas a nuestras creencias o afirmaciones, y dado que la finalidad de la prueba es establecer la verdad de ciertas afirmaciones,

entonces los objetos no pueden ser el objeto de la prueba. Lo que puede probarse es *la existencia* de un objeto (que sí es un hecho), pero no el objeto en sí. Una pistola no puede probarse, pero sí que esa pistola estaba en posesión de un sujeto.

En ocasiones, se dice que el objeto de prueba no son los hechos propiamente, sino las afirmaciones o enunciados sobre los mismos. En sentido estricto, esto es cierto, aunque esta precisión, si se asume la noción ordinaria de “verdad”, no tiene una gran relevancia práctica: lo que pretendemos con la prueba es mostrar que la afirmación acerca de cierto hecho (por ejemplo, que “Pedro tenía en su poder una pistola”) es probablemente verdadera, lo que es lo mismo que decir que probablemente ocurrió ese hecho. Decir que una afirmación sobre un hecho es verdadera implica decir que ese hecho ocurrió de la manera que describe la afirmación. Es decir, no podemos afirmar “es verdad la afirmación de que ayer llovió” y añadir “pero ayer no llovió” sin contradicción.

3. ¿Qué tipos de hechos hay?

Los hechos que pueden ser objeto de la prueba, o que pueden formar parte de los hechos probatorios, pueden ser muy variados. Resultaría probablemente infructuoso tratar de fijar de antemano qué hechos pueden tener relevancia para la decisión judicial, pero se puede al menos ofrecer un esquema (sin ánimo de exhaustividad) que sirva para hacerse una idea de esta diversidad:

A) Hechos físicos:

1. Independientes de la voluntad:

- 1.1. Estados de cosas ("La puerta estaba abierta").
- 1.2. Sucesos ("La puerta se cerró").
- 1.3. Acciones involuntarias: actos reflejos ("Dio un manotazo dormido") y omisiones involuntarias ("Se quedó dormido y no me despertó").

2. Dependientes de la voluntad:

2.1. Acciones positivas:

- 2.1.1. Acciones intencionales ("Se compró un coche deportivo")
- 2.1.2. Acciones no intencionales ("Atropelló a un peatón por conducir excesivamente rápido")

2.2. Omisiones

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

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

B) Hechos psicológicos:

1. Estados mentales

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

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

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

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

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

Un tipo peculiar de hechos son los hechos *institucionales*. Se trata de hechos que son descritos desde el punto de vista de un sistema normativo. Jugar al ajedrez, por ejemplo, es una acción que sólo puede entenderse si se tienen en cuenta las reglas del ajedrez. Igualmente, "tener la mayoría de edad" o "estar casado" son estados de cosas que sólo pueden entenderse desde el sistema de normas jurídicas. Por el contrario, los hechos que son descritos con independencia de los sistemas normativos (como "cumplir 18 años" o "irse a vivir con su pareja") se llaman hechos *naturales*. Tanto unos como otros pueden ser objeto de la prueba, o constituir "pruebas" de otros hechos.

Tener en cuenta la diversidad de hechos es fundamental, porque existe una conexión entre la prueba y el concepto correspondiente al tipo de hecho que hay que probar. Por ejemplo, probar si entre dos fenómenos hay una relación de causalidad requiere determinar el concepto de causa; o establecer si Cayo mató a Sempronio intencionalmente requiere establecer el concepto de intención. De esta manera, la tarea del juez de tomar decisiones para resolver conflictos debe auxiliarse de teorías sobre estos conceptos (muchas veces, pero no siempre, desarrolladas por la doctrina jurídica).

4. ¿Es posible conocer los hechos?

Uno de los temas filosóficos recurrentes a propósito de los hechos es el de la posibilidad de su conocimiento: ¿Tenemos la posibilidad de conocer las cosas como son? ¿Tenemos un conocimiento fiable del mundo? ¿O, por el contrario, debemos ser escépticos sobre nuestras verdades, ponerlas en entredicho y dudar de ellas? Las distintas posturas que pueden adoptarse sobre estas cuestiones se sitúan entre lo que llamaremos *cognoscitivismo ingenuo*, por un lado, y *escepticismo*, por otro.

El *cognoscitivismo ingenuo* se basa en una imagen muy extendida acerca del mundo,

seguramente asumida de manera implícita por la mayoría de los juristas. De acuerdo con esta concepción, los hechos -y, en general, la realidad- son plenamente objetivos y los conocemos porque "impactan" en nuestra conciencia, por medio de nuestros sentidos. Esta concepción puede precisarse por medio de dos tesis:

- a) *Tesis de la objetividad ontológica*: El mundo es independiente de sus observadores. Esto es, las cosas son como son, con independencia de lo que sabemos de ellas y de cómo las vemos.
- b) *Tesis de la objetividad epistemológica*: Por medio de los sentidos normalmente tenemos un acceso fiel a esa realidad.

Para esta imagen del mundo, los hechos son datos brutos, evidentes y no problemáticos ofrecidos por la realidad. Si dudamos acerca de si un hecho ocurrió, nuestra duda se deberá a un *problema de falta de información*: si no podemos establecer la verdad de la proposición "Cayo mató a Sempronio" es simplemente porque carecemos de evidencias (no lo vimos o no encontramos las huellas de Cayo en el lugar del crimen).

Para el *escepticismo radical* hacia los hechos, por su parte, el mundo no es en absoluto independiente de los observadores (se niega por tanto la tesis de la objetividad ontológica) o bien, siendo independiente, resulta por completo inaccesible a nuestro conocimiento, porque nuestra percepción e interpretación del mismo está cargada de subjetividad (negación de la tesis de la objetividad epistemológica). El escepticismo puede tener raíces muy diversas. Se puede defender, por ejemplo, aludiendo a la circunstancia de que sabemos que nuestros sentidos nos engañan en ocasiones (como cuando tenemos alucinaciones) y no tenemos la seguridad de que no lo hagan siempre: el mundo, lo que creemos percibir de él, podría no ser más que un sueño o una alucinación. Pero el argumento que mayor repercusión ha tenido en la reciente filosofía de la ciencia ha consistido en sostener que el conocimiento objetivo es imposible porque los hechos que percibimos, o tal y como los percibimos, están "cargados de teoría" y son relativos a nuestros esquemas conceptuales y valoraciones. Según estas teorías filosóficas, no hay "hechos brutos" o "puros", sino sólo "hechos teóricos", esto es, hechos interpretados a partir de teorías y/o valoraciones. Para los más radicales, los hechos son completamente construcciones del observador.

Ambas posturas, el cognocitismo ingenuo y el escepticismo radical, son posturas extremas que tienen parte de razón, pero la llevan demasiado lejos. El escepticismo, al negar la posibilidad del conocimiento con cualquier mínimo de objetividad, se convierte en una postura paralizante y que se aleja del sentido común. Se han esgrimido muchos argumentos contra el escepticismo o relativismo ontológico y/o epistemológico, pero la principal objeción que se le puede dirigir es que la intuición de que conocemos parte de la realidad por medio de nuestros sentidos (una parte lo suficientemente importante como para desarrollar nuestra vida) está tan arraigada en nosotros, en nuestra manera de pensar, de actuar, de relacionarnos con los demás, de comunicarnos, de construir

nuestras instituciones, etc. que no sería posible imaginar un mundo en el que esa tesis fuera completamente rechazada. Hume sostenía incluso que hay algún impedimento psicológico para tomarse realmente en serio el escepticismo radical y actuar en consecuencia.

El cognocitivismo ingenuo, por su parte, al reducir los problemas sobre los hechos meramente a lo que hemos llamado problemas de información, se olvida de otras dificultades que lastran nuestras posibilidades de un conocimiento plenamente objetivo. Para entender cuáles son estas dificultades puede ser útil distinguir entre los hechos externos, la percepción de un hecho y la interpretación de un hecho. Podemos llamar *hecho externo* al hecho como acaecimiento empírico, realmente ocurrido, desnudo de subjetividades e interpretaciones; *hecho percibido* al conjunto de datos o impresiones que el hecho externo causa en nuestros sentidos; y *hecho interpretado* a la descripción o interpretación que hacemos de tales datos sensoriales. Así, no es lo mismo el hecho real de que Juan agita su brazo, la percepción que un observador tiene de ese movimiento, esto es, los datos sensoriales que tal hecho externo causa en su mente, y la interpretación que hace de esos movimientos, como un saludo, una amenaza, un aviso de algún peligro, etc. Pues bien: entre el hecho externo y el hecho percibido pueden surgir *problemas de percepción*, y entre el hecho percibido y el hecho interpretado, *problemas de interpretación*.

a) Surge un *problema de percepción* cuando tenemos dudas acerca de si la percepción que tenemos de un hecho refleja fielmente las propiedades (o algunas propiedades) de dicho hecho, esto es, cuando nos preguntamos si nuestras percepciones son fiables. Podemos distinguir cuatro fuentes de duda acerca de la fiabilidad de nuestras percepciones: 1) *Su relatividad general respecto de los órganos sensoriales*: La primera fuente de duda tiene que ver con el hecho de que las características de nuestros órganos sensoriales condicionan la manera de percibir el mundo, por lo que no todos los animales tienen la misma imagen del mismo. El mundo percibido por un murciélago es probablemente muy diferente del percibido por nosotros. 2) *La posibilidad de ilusiones*: Nuestra percepción de un hecho no es un todo unitario, sino que está constituida por un conjunto de experiencias sensoriales de diversa naturaleza: visuales, táctiles, auditivas, etc. En algunas ocasiones, el conjunto de experiencias que esperamos que se refiera a un mismo hecho externo no es coherente en un determinado lapso de tiempo. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando vemos como doblado un lápiz con un extremo dentro de un vaso de agua. Si lo tocamos, podemos comprobar que el lápiz en realidad no está roto o doblado. En aquellos casos en los que las experiencias sensoriales que componen una percepción no son coherentes, se dice que sufrimos una *ilusión*. 3) *La posibilidad de alucinaciones*: En otras ocasiones, el problema de la percepción consiste en que el hecho percibido no parece corresponderse con ninguna propiedad del hecho externo. Hay algo que causa nuestra percepción, pero no es el hecho externo que creemos estar percibiendo. Esto es lo que ocurre en los casos de *alucinaciones*, como cuando ando sediento por el

desierto y creo ver un oasis. 4) *La interrelación percepción-interpretación*: La percepción y la interpretación de un hecho no son procesos totalmente independientes, sino que se condicionan mutuamente. Por un lado, las interpretaciones se basan en los datos sensoriales que recibimos de los hechos pero, por otro lado, nuestra red de conceptos, categorías, teorías, máximas de experiencia, recuerdos, etc. *dirigen* de alguna manera nuestras percepciones y actúan como criterio de selección de los datos sensoriales que recibimos. Esta dependencia de la percepción respecto de factores socio-culturales ha sido señalada frecuentemente por los psicólogos, que han demostrado que la percepción no depende sólo de la naturaleza de los estímulos, sino que sobre ella influyen los estados y disposiciones del organismo. Al igual que todo proceso, la percepción resulta afectada por el aprendizaje, la motivación, la emoción y todo el resto de características permanentes o momentáneas de los sujetos. Así, por ejemplo, el tamaño con el que vemos un objeto y la velocidad con la que lo reconocemos viene influido por el valor que le atribuimos.

b) Los *problemas de interpretación*, por su parte, surgen cuando tratamos de atribuirle un sentido a los hechos que percibimos. Interpretar un hecho consiste en clasificar ese hecho en alguna de nuestras categorías, permitiéndonos entenderlo. En ocasiones, la interpretación es un proceso automático, una operación psicológica no consciente, pero en otras requiere la aplicación, o incluso la elaboración, de complejas teorías científicas, o "bucear" en los motivos, razones e intenciones profundas de un agente. Un juez no sólo debe asegurarse de que las percepciones de los testigos -o, en general, las recogidas en los medios de prueba- son correctas, sino que también debe controlar sus interpretaciones, o bien elaborar su propia interpretación a partir de la información de los testigos, si quiere conocer lo que realmente ocurrió, si quiere *comprender* la situación. Ahora bien, este proceso de interpretación puede plantear dificultades. La principal fuente de duda acerca de la corrección de nuestras interpretaciones de los hechos tiene que ver con *la relatividad de las interpretaciones respecto de la cultura, conocimientos, recuerdos, etc.*: si la interpretación de un hecho depende de la información previa que podamos tener, entonces no escapa a cierta subjetividad. Es obvio que no todas las culturas comparten exactamente la misma cultura, los mismos conocimientos y manera de "ver el mundo" incluso no lo hacen siquiera todos los individuos de una misma cultura). Nada nos asegura que sujetos distintos, pertenecientes a distintas culturas o incluso a una misma, hagan interpretaciones coincidentes de un mismo hecho.

Todas estas dificultades, las relacionadas con la percepción y las relacionadas con la interpretación de los hechos, constituyen escollos que el juez debe superar a la hora de valorar la prueba de los mismos. Por ejemplo, supongamos que Marco, un testigo con credibilidad, afirma que vio a Cayo golpeando a Sempronio; el juez, antes de inferir de esta afirmación que realmente Cayo golpeó a Sempronio debe asegurarse de que Marco no sufrió ningún error de percepción (por ejemplo, puede que en realidad no fuera Cayo el agresor, sino otro sujeto) ni ningún error de

interpretación (puede que en realidad lo que estuvieran haciendo fuera sólo jugar). Pero, además, los problemas de percepción y de interpretación pueden afectar directamente al juez: es posible que el juez haya oído mal a Marco o que interpretara mal lo que quería decir o los gestos con los que Marco representaba lo que creyó ver. En definitiva, los problemas de percepción y de interpretación plantean un problema al juez, al menos en dos momentos: por un lado, el juez debe asegurarse de que las percepciones y las interpretaciones de los hechos que se le presentan en el proceso son correctas; por otro lado, debe asegurarse de que sus propias percepciones e interpretaciones de las acciones realizadas por las partes para probar los hechos del caso son también correctas. Dicho de otra manera: la distinción entre hecho externo, la percepción de un hecho y la interpretación de un hecho no sólo se da entre la realidad y -por ejemplo- los testigos, sino también entre las declaraciones de los testigos (u otros medios de prueba) y el juez.

A la vista de las anteriores dificultades para el conocimiento objetivo, la postura que parece más sensata frente a la pregunta por la posibilidad del conocimiento de los hechos es sostener un cognoscitivismo crítico, no ingenuo, que sea consciente de las dificultades para el conocimiento, pero que no caiga tampoco en la desilusión radical acerca de la posibilidad de aprehender datos (suficientemente) objetivos de la realidad. Por ello, el objetivista crítico debe someter a los hechos a un riguroso análisis para determinar en qué medida son independientes y en qué medida construcciones del observador, así como en qué casos y en qué grado podemos conocerlos con objetividad.

Las anteriores consideraciones, en definitiva, no nos llevan a rechazar que sea posible establecer la verdad de los enunciados, sino a ser conscientes de que tal verdad es relativa a una red de conceptos y, por tanto, en este sentido, contextual.

5. ¿Qué hechos deben ser probados?

Dado que, desde la perspectiva que aquí hemos adoptado, la prueba es un tipo de argumento o razonamiento, está sujeta a los principios de la teoría de la argumentación. Como hemos dicho, un argumento es un conjunto de razones (premisas) que apoyan una determinada conclusión. A su vez, las premisas de un argumento pueden ser la conclusión de otro u otros argumentos, formándose de esta manera cadenas de argumentos. Pues bien, un aspecto básico de la argumentación es que no todo puede ser justificado o apoyado en otro argumento. Hay que adoptar determinados puntos de partida o presupuestos. Si cuando discutiéramos con alguien no existieran esos presupuestos, la argumentación sería imposible, porque tendería al infinito. Imagínese una discusión en la que tuviéramos que justificar al otro cosas como la existencia del mundo exterior, el país en el que vivimos, el significado de cada palabra, leyes causales básicas, etc., etc. Pues bien, en la prueba de los hechos ocurre algo parecido: hay que adoptar determinados presupuestos que permiten avanzar

en la argumentación. Por tanto, aunque el principio general es que hay que probar todos los hechos relevantes para llegar a establecer la verdad acerca de los hechos del caso, normalmente en los distintos sistemas procesales quedan fuera de esta necesidad determinados hechos:

a) Los primeros que quedan excluidos de esta necesidad de prueba son los hechos que, siendo relevantes para la decisión del juez, *no son controvertidos* (con la excepción del proceso penal, en el que todos los hechos pueden considerarse controvertidos, sea cual sea la posición que las partes asuman sobre ellos), es decir, aquellos que son admitidos por ambas partes y que no son objeto de discusión.

b) Los segundos son los hechos *notorios*, es decir, aquellos que son conocidos (o pueden llegar a serlo) por las partes y el juez en tanto que son miembros de una comunidad en la que éstos son públicos y forman parte de la cultura social media.

c) En ocasiones se dice que también quedan fuera también de la necesidad de ser probados, al menos en cierto sentido, aquellos hechos que se presumen en virtud de alguna regla de presunción. Como veremos más adelante, las reglas de presunción cumplen un papel fundamental en la prueba y consisten en enunciados que establecen que, en determinadas circunstancias (normalmente, si se dan otros hechos y no hay prueba en contrario), determinados hechos han de considerarse probados. Una regla de presunción es, por ejemplo, aquella a la que se refiere el Tribunal Supremo español al señalar que “cuando se trata de cantidades de droga que exceden de lo que podría explicarse en función de un destino de consumo personal, la tenencia o transporte no puede tener otro fin que el de la colocación en el mercado ilegal o, en cualquier caso, la transmisión a terceros”. Es decir, que “si se posee una cantidad de droga superior a la normal para el consumo personal, se presume que se tiene para traficar con ella”. Dada una regla de presunción de este tipo, no se ha de probar que la droga se destinaba al tráfico, sino que basta con probar el antecedente: que se poseía una cantidad de droga superior a la normal para el consumo personal. Como se ve, no es que los hechos que se presumen no sean probados, sino que la prueba de los mismos se desplaza a la prueba de los hechos mencionados en el antecedente de la presunción.

Por tanto, los hechos que deben ser probados en el proceso son todos aquellos que son relevantes para resolver el caso y aquellos que permiten presumir los hechos relevantes, salvo los hechos no controvertidos por las partes y los hechos notorios.

Una cuestión importante es cómo sabemos qué hechos son relevantes para el caso. Los hechos “relevantes para el caso” son los hechos que permiten afirmar que se han dado el supuesto de hecho previsto por la norma. Por esta razón, determinar qué hechos son relevantes para cada caso es algo que sólo puede establecerse a partir de las normas aplicables al mismo. Una herramienta que puede ser útil para determinar qué hechos son relevantes es la que distingue entre hechos constitutivos, extintivos, impeditivos, modificativos y excluyentes. Se trata de una distinción

desarrollada para el proceso civil, pero que puede extenderse fácilmente al proceso penal (citar tesis Merche).

a) Los hechos *constitutivos* son aquellos que fundamentan fácticamente la pretensión del actor o, si se quiere, los que constituyen el presupuesto del derecho que reclama. Por ejemplo, si la pretensión consiste en el pago de cierta cantidad como consecuencia de un incumplimiento contractual, el demandante tendrá que probar la existencia del contrato, pues ésta constituye la condición que ha de concurrir necesariamente para que pueda sostener su pretensión.

b) Por su parte, los hechos *impeditivos* son los que impiden o imposibilitan el nacimiento de la relación jurídica o del derecho cuya existencia alega el demandante. Son hechos impeditivos los vicios del consentimiento, la falta de causa, el término, el modo, etc.. Así, por ejemplo, la minoría de edad de una de las partes contratantes es un hecho que impide que la relación jurídica, aunque se haya producido, nazca de forma válida.

c) Los hechos *extintivos* evitan que la relación jurídica perdure en el tiempo. Esto es, no impiden que nazca normalmente, pero, llegado un determinado momento, hacen que aquélla, que durante un tiempo tuvo plena eficacia, deje de surtir efectos. Éste, por ejemplo, es el caso del pago en aquellos contratos en los que una de las partes adeuda cierta cantidad. Una vez que se ha producido el pago, la relación queda extinguida. En general, todas las causas de extinción de las obligaciones actúan como hechos extintivos del derecho que el actor pretende hacer valer en el pleito.

d) Los *hechos modificativos* serían los que, sin impedir el nacimiento de la relación jurídica o del derecho alegado por el actor, provocan un cambio en las condiciones de dicha relación, por lo que afectan sustancialmente a los términos en los que está formulada la pretensión. Al igual de lo que ocurre con los hechos extintivos, tienen lugar *a posteriori* del perfeccionamiento de la relación jurídica, pero no la extinguen, sino que delimitan la pretensión del actor sobre la base de unos contornos distintos a los señalados por él. Piénsese, por ejemplo, en el caso en que el actor reclame una cantidad de dinero determinada como contraprestación por un trabajo realizado, pero el demandado alegue, con posterioridad a la perfección del contrato, que se acordó realizar el pago en especie. En este caso, el demandado no niega que la relación jurídica haya nacido válidamente, sino que afirma que con posterioridad a la celebración del contrato ha sobrevenido una circunstancia tal que obliga a cambiar los términos de aquélla.

e) Los llamados hechos *excluyentes* son hechos que en virtud de ciertas normas apoyan un derecho del demandado que le permite oponerse a la pretensión del actor. El caso clásico es aquél en el que el demandado alega la prescripción del derecho del actor. En este caso, se trata de oponer otro derecho —la prescripción— al derecho alegado por el actor, que hace que este último ceda. Asimismo, la compensación, la quita, la espera, etc. (en definitiva, los acuerdos alcanzados por las partes de la relación jurídica en torno al cumplimiento de sus respectivas obligaciones), también

actúan como hechos excluyentes o *contraderechos* de la pretensión del demandante.

6. ¿Cuál es la finalidad de la prueba? Teorías de la prueba.

Como hemos visto, la finalidad de la prueba es determinar si puede decirse que las afirmaciones sobre determinados hechos son, a la luz de las razones que tenemos, probablemente verdaderas. Es decir, que la prueba es un procedimiento cuya finalidad es averiguar la verdad sobre ciertos hechos, si ocurrieron de una u otra manera.

Esta afirmación requiere al menos dos matizaciones:

a) En primer lugar, decir que un enunciado está probado no implica decir que es verdadero, sin más. Está diciendo algo menos comprometido: Cuando el juez declara “está probado p ” lo que pretende es que, dada cierta información (que el juez ha obtenido de la manera prevista en el Derecho probatorio), lo *racional* es aceptar que p es verdadero. Obsérvese que puede ocurrir que sea racional aceptar que p es verdadero, a la luz de la información disponible, pero que sin embargo en realidad p sea falso. Un enunciado está correctamente probado cuando la información que tenemos justifica pensar que es verdadero, con independencia de que en realidad lo sea o no. Ocurre lo mismo con las creencias: una creencia puede estar justificada, ser racional, aunque en realidad sea falsa.

Supongamos, por ejemplo, que x ha desaparecido sin dejar rastro durante diez años, y lo último que se sabe de él es que viajaba en un barco que se hundió en alta mar. Con esta información, diríamos que es correcto que el juez considere probado que x está muerto, pero puede ocurrir que en realidad no lo esté. En este sentido, los enunciados que declaran un hecho probado son *derrotables*, es decir, revisables si aparece nueva información.

b) En segundo lugar, cuando se dice que la finalidad de la prueba es determinar la verdad de ciertos hechos (o afirmaciones sobre hechos), no se quiere decir que la prueba sea un procedimiento matemático que nos lleve a una verdad más allá de toda duda. La verdad empírica es siempre una cuestión de probabilidad. Las afirmaciones sobre los hechos nunca constituyen una verdad absoluta, sino aproximada y graduable. Esto es así se trate de hechos históricos, geológicos, físicos, etc. La convicción que tenemos sobre ellos es graduable y puede llegar a ser muy alta, pero nunca es absoluta. Por tanto, lo que un razonamiento probatorio nos ofrece no es tampoco una certeza absoluta.

Que la finalidad de la prueba sea averiguar la verdad de las afirmaciones sobre los hechos del caso (es decir, si los hechos ocurrieron de una u otra forma) no es algo unánimemente aceptado. Frente a esta concepción, que podría llamarse *concepción cognocitivist* de la prueba (porque considera a la prueba como un medio de conocimiento de la verdad de las afirmaciones sobre los hechos), las concepciones *no cognocitivist* suelen rechazar que la verdad sea el objetivo de la prueba y, consiguientemente, suelen señalar fines distintos para la misma.

Las razones por las que la concepción no cognoscitivista rechaza que determinar la verdad de las afirmaciones acerca de los hechos que son objeto de la disputa sea la finalidad de la prueba pueden ser de índole muy diversa. Como ha señalado Michele Taruffo, en el ámbito del Derecho la negación de la verdad puede hacerse desde una perspectiva teórica, ideológica o técnica. Las primeras suelen ser consecuencia de la adopción de lo que hemos llamado escepticismo radical, por lo que se niega la posibilidad de todo conocimiento (y no sólo del conocimiento en el caso del juez). Las razones ideológicas se basan en la idea de que la verdad no debe ser perseguida en el proceso (normalmente se refieren al proceso civil) porque no se trata de un valor realmente importante; en su lugar, suelen señalar la necesidad de resolver el conflicto satisfactoriamente, lo que -a su juicio- no se asegura persiguiendo la verdad. Las razones técnicas, por último, se basan en la imposibilidad fáctica de encontrar la verdad a través del proceso, bien porque el juez no puede tener un conocimiento directo de la realidad, o bien por limitaciones de tiempo o circunstancias de este estilo.

En lugar de la búsqueda de la verdad, algunos de los autores no cognoscitivistas defienden que la finalidad de la prueba es meramente la *fijación formal* de los hechos del caso: dado que el proceso gira alrededor de hechos y que el juez debe tomar su decisión basándose en ellos, es necesario que la prueba cumpla el objetivo de determinar qué hechos pueden tomarse como fundamento de tal decisión, pero ello lo hace con independencia de si tales hechos ocurrieron o no en la realidad (cosa que, para estos autores, no es posible o necesario establecer). Los hechos del caso serán, por tanto, aquellos que las pruebas permiten establecer. Otros autores no cognoscitivistas señalan como finalidad de la prueba el convencimiento del juez: de lo que se trata es de que las partes, por medio de la prueba, traten de convencer o persuadir al juez de que los hechos ocurrieron de tal o cual manera (con independencia de que realmente ocurrieran así).

Ha de observarse que las teorías cognoscitivistas no niegan que la fijación formal de los hechos o el convencimiento del juez sean también fines de la prueba. Lo que la concepción cognoscitivista añade es que tales fines han de estar conectados con un fin ulterior al que deben orientarse y que a la vez les sirve de límite: no toda fijación formal de los hechos es válida y no todo convencimiento del juez está justificado. Sólo lo son en el caso de que la prueba se haya guiado por criterios instrumentalmente adecuados para encontrar la verdad: los criterios que más adelante llamaremos criterios de racionalidad epistemológica. En caso contrario, si no se respeta este esfuerzo por alcanzar la verdad, no podemos estar razonablemente seguros de que el supuesto de hecho establecido por la norma se haya dado y, por tanto, que ésta se esté aplicando correctamente. Por tanto, la pretensión del Derecho de la que hablábamos en el apartado 1 de este módulo (solucionar los conflictos jurídicos estableciendo determinadas soluciones como respuesta a ciertos hechos de la realidad) no podría satisfacerse.

7. ¿Cuándo un enunciado es verdad?

¿Qué queremos decir cuando afirmamos que un enunciado es verdad? ¿Queremos decir que todos están de acuerdo? ¿Que es coherente con el resto de cosas que sabemos? ¿Que todo apunta a que los hechos ocurrieron tal como se afirma? Ha habido muchas discusiones por parte de los filósofos acerca del concepto de verdad. Algunas de las teorías de la verdad más relevantes son la teoría de la verdad como correspondencia, la teoría de la verdad como coherencia y la teoría pragmática de la verdad.

De acuerdo con la primera teoría, decir que un enunciado o una afirmación es verdadera quiere decir que aquello que tal afirmación describe ha ocurrido en realidad. Éste es el sentido en el que hemos usado la palabra “verdad” hasta ahora. La verdad sería, de acuerdo con esta concepción, una relación de correspondencia o conformidad entre el lenguaje, de un lado, y los hechos o la realidad, de otro. Si afirmo que “Cayo mató a Sempronio”, este enunciado será verdad si ese hecho (la muerte de Sempronio a manos de Cayo) ocurrió realmente, y falso en caso contrario. Como dijo Aristóteles en la *Metafísica*: “Decir de lo que es que no es, o de lo que no es que es, es falso, mientras que decir de lo que es que es, o de lo que no es que no es, es verdadero”.

De acuerdo con la teoría de la verdad como coherencia la verdad es una relación entre enunciados o sus significados. Un enunciado es verdad, de acuerdo con esta teoría, cuando es coherente con otro conjunto de enunciados. “Coherente” no quiere decir simplemente que no haya ninguna contradicción entre los distintos enunciados, sino que éstos deben apoyarse y complementarse mutuamente. Por ejemplo, tomemos la declaración de cinco testigos (que no se han puesto previamente de acuerdo); el Testigo 1 afirma que vió a Cayo discutir con Sempronio acaloradamente; el testigo 2 vio a Cayo comprar una daga, que es la que se encontró posteriormente en el lugar del crimen; el Testigo 3 vio a Cayo dirigirse a casa de Sempronio y el testigo 4 oyó ruidos de lucha. Finalmente, el Testigo 5 declara haber visto a Cayo huir de la ciudad esa misma noche. Todas estas declaraciones son coherentes entre sí porque el resultado de ellas es un relato plausible, que constituye una explicación que no violenta nuestra experiencia acerca de cómo suceden normalmente las cosas. Para la teoría de la verdad como coherencia, este relato sería, en la medida en que es narrativamente coherente, verdadero.

La teoría pragmática de la verdad, por su parte, considera que un enunciado o una creencia son verdaderos si resultan útiles. Pensemos, por ejemplo, en una teoría científica. Ésta puede considerarse verdadera mientras sea útil para explicar ciertos fenómenos y predecirlos, o mientras sirva de fundamento para el desarrollo de alguna tecnología. Igualmente, William James afirmaba que una religión es verdadera mientras sea útil para ciertos fines.

En realidad estas teorías (y alguna otra, como la del consenso, para la que un enunciado es

verdadero si hay acuerdo, real o potencial, acerca de ella) no tienen por qué verse como teorías o concepciones incompatibles. La teoría de la verdad como correspondencia responde a la pregunta “¿qué quiere decir que un enunciado es verdadero?” (decir que un enunciado es verdadero sería afirmar que se corresponde con la realidad) y el resto de teorías señalan “síntomas” que ayudan a establecer que un enunciado es verdadero (la coherencia, la utilidad o el consenso serían, entre otros, indicios de que tal enunciado se corresponde con la realidad).

8. ¿Qué es la verdad “procesal”?

En ocasiones se dice que en el proceso se persigue la “verdad procesal”. Esta verdad sería la que surge en el proceso a partir de las afirmaciones de las partes, obtenida por los medios y a través del procedimiento previstos en el Derecho, y "certificada" autoritativamente por el juez. Si por “verdad procesal” se entiende la averiguación de los hechos realmente ocurridos en la medida en que ésta es posible en el marco de las limitaciones del proceso, no hay nada que objetar. Pero, en ocasiones, se considera a la “verdad procesal” como un tipo distinto de la verdad material (que sería la que se corresponde con la realidad) y se afirma que es la única que importa en el proceso y que debe ser ésta, y no la verdad material, la que debe perseguirse con la prueba. De esta manera, “verdad” es lo que el juez declara que es “verdad”, con independencia de lo que ocurriera en realidad. Ésta es una manifestación más de las concepciones no cognoscitivistas de las que hablábamos a propósito de la finalidad de la prueba. Se trata de una manera equivocada de ver las cosas (especialmente en el proceso penal), porque, como ya hemos dicho, no sólo en el proceso, sino en el marco de cualquier ciencia empírica, carecemos de certeza sobre la verdad de nuestras afirmaciones. La verdad siempre es aproximada, probable. Pero no por ello tenemos que dejar de perseguirla. La “verdad procesal” debe tratar de ajustarse, en la medida de lo posible, a la verdad material, y no ser un sustituto de ella. Si lo fuera, si bastara con que el juez declarara probados ciertos hechos para que éstos fueran “verdad” en el marco del proceso, no existiría el error judicial, convertiríamos al juez en infalible, con la consiguiente pérdida de garantías para los imputados en el proceso, que serían considerados culpables no porque todo apunta a que cometieron los hechos de los que se les acusa, sino porque el juez ha declarado (fundada o infundadamente) que realizaron tales hechos.

En el ámbito de la prueba la concepción más adecuada es la que sostiene que un enunciado es verdadero cuando se corresponde con la realidad, es decir, la teoría de la verdad como correspondencia. La afirmación “Cayo mató a Sempronio” es verdadera si eso es lo que ocurrió realmente. Para que la aplicación de la norma a un caso esté justificada ha de asumirse que el supuesto de hecho ha tenido lugar realmente (y no basta con constatar meramente que es coherente o útil o que hay acuerdo acerca de tal afirmación). Si negamos esto, de nuevo nos encontramos con

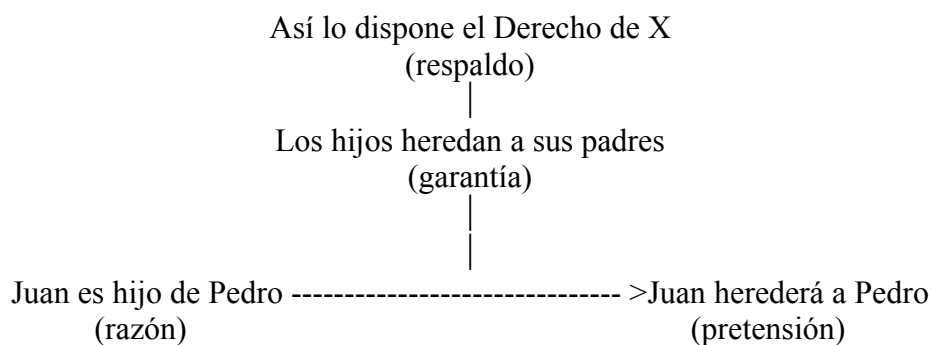
la objeción que podía hacerse al no cognoscitivismo en el ámbito de la prueba: Sin constatar (en la medida de lo posible) si los hechos ocurrieron o no, no podemos aplicar correctamente la norma y desatendemos la pretensión del Derecho de que los jueces apliquen ciertas consecuencias jurídicas si se dan realmente determinados hechos.

9. ¿Cuál es la estructura de la inferencia probatoria?

La inferencia probatoria es un tipo de razonamiento en el que podemos distinguir varios elementos: el hecho que queremos probar (al que llamaremos “hechos a probar”), la información (acerca de otros hechos más o menos directamente vinculados con el primero) de la que disponemos (que podemos llamar los indicios, *las pruebas* o “hechos probatorios”) y una relación entre el hecho que queremos probar y los indicios. Para mostrar las peculiaridades de esta manera de razonar podemos recurrir a la teoría de la argumentación de Stephen Toulmin.

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

Un ejemplo:



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

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

Jurisprudencia anterior
Casos anteriores
(respaldo)

|

Presunción jurisprudencial
Máxima de experiencia: "Viene siendo desgraciadamente
frecuente..."
(garantía)

|

(1) Sólo se encontró en el registro -----> Juan no traficaba con droga
de su casa 1 gramo de cocaína. (pretensión)

(2) Fue acusado por alguien a quien
se le había intervenido cierta
cantidad de droga, sin que dicha
acusación fuera ratificada
(razones)

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

Normas que establecen presunciones,
casos anteriores,
experiencias del juez
|
máximas de experiencia
presunciones
definiciones
|

Hechos probatorios-----> Hechos a probar
o
hipótesis del caso

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

(1) En los hechos probatorios nos podemos encontrar no sólo enunciados acerca de la realidad natural o acerca de la existencia de convenciones sociales, sino también enunciados acerca de la existencia de determinadas normas o deberes jurídicos.

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

(3) La garantía está constituida (a) por máximas de experiencia -que pueden ser (a.1) de carácter científico o especializado, como las que aportan los peritos; (a.2) de carácter jurídico, como las derivadas del ejercicio profesional del juez; o (a.3) de carácter privado (*experiencias corrientes*), esto es, derivadas de las experiencias del juez al margen del ejercicio de su profesión-; (b) por presunciones, que pueden ser establecidas legal o jurisprudencialmente. Las máximas de experiencia y las presunciones cumplen una función semejante en la inferencia probatoria y tienen parecida estructura: ambas pueden verse como enunciados condicionales del tipo "Si X, entonces probado (en el caso de las presunciones) o probable (en el caso de las máximas) Y". X puede ser un hecho o conjunto de hechos (o propiedades de hechos), entre los que se puede incluir la ausencia de prueba en contrario. La diferencia entre presunciones y máximas de experiencia es que las presunciones son enunciados revestidos de autoridad; (c) por definiciones o teorías acerca de cómo construir determinados conceptos (como el de causalidad, el de omisión, intención, etc.). Volveremos sobre esto en el próximo apartado.

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

10. Tres tipos de inferencias probatorias:

Como hemos visto, el enlace (o garantía, en términos de Toulmin) entre los hechos que deseamos probar y las pruebas o indicios de las que disponemos puede ser de distintos tipos. En cada uno de estos tipos de conexiones o enlaces podemos distinguir entre a) su *fundamento*, b) su *finalidad* y c) su *fuerza*. Por *fundamento* me refiero a los requisitos para la corrección del enlace;

por *finalidad* al objetivo (que puede ser epistémico o práctico) que ese enlace trata de satisfacer; y por *fuerza* al grado de solidez que ese enlace aporta a la inferencia probatoria (lo que se traduce en una mayor o menor resistencia a ser desplazado por inferencias con un enlace distinto). Se trata sin embargo de tres nociones relacionadas: muchas veces el fundamento de un enlace dependerá de la medida en que resulte un medio adecuado para satisfacer su finalidad, y su fuerza dependerá a su vez del grado en que esté fundamentado y la importancia que se le conceda a tal finalidad; sin embargo, creo que puede resultar útil y esclarecedor distinguir estas tres dimensiones.

En ocasiones, el enlace consiste en una máxima de experiencia, esto es, en una generalización a partir de experiencias previas que asocia hechos del tipo del que queremos probar con hechos del tipo de los que constituyen las pruebas o indicios. Estas máximas de experiencia, por tanto, tienen como *fundamento* la observación de una asociación más o menos regular entre dos hechos y su *finalidad* es tratar de aproximarse en la mayor medida posible -dadas las circunstancias de la prueba- a la verdad acerca de los hechos que se infieren. Su *fuerza* viene determinada por la solidez del argumento inductivo en el que descansan.

En otras ocasiones, se trata de reglas (presunciones) dirigidas al juez que le obligan a aceptar como probados ciertos hechos cuando se dan ciertos hechos previos (es el caso de las pruebas legal o jurisprudencialmente tasadas). Estas reglas pueden tener como *fundamento* la observación de una asociación regular entre hechos (en cuyo caso son similares a máximas de experiencia, pero con rango normativo) o algún valor o principio que se considera relevante (por ejemplo, el de seguridad, el de protección de los intereses de la parte más débil, etc.). En el primer caso, su *finalidad* es también la averiguación de la verdad; en el segundo caso, su *finalidad* es la protección de ese valor o principio. Ahora bien, dado que son reglas o normas, en uno y otro caso su *fuerza* viene determinada -al menos en un primer momento- por el carácter normativo del Derecho.

Podemos distinguir, por tanto, entre las inferencias probatorias cuyo enlace es una máxima de experiencia y aquellas cuyo enlace es una norma o regla. Podemos llamar a las primeras *inferencias probatorias epistémicas* y a las segundas *inferencias probatorias normativas*. Ambos tipos de enlace son básicos, en el sentido de que otros enlaces pueden ser reconducidos a uno u otro. Sin embargo, el primer tipo ocupa en el conjunto del razonamiento probatorio un lugar central y en cierto sentido lógicamente prioritario. La razón es sencilla: para poder realizar el segundo tipo de inferencias (aquellas cuyo enlace es una norma) es necesario partir de la constatación de ciertos hechos (las pruebas o indicios), pero para determinar si estos hechos ocurrieron, en algún momento del razonamiento habremos de confiar en máximas de experiencia (aunque sean aquellas que avalan la validez de nuestras observaciones directas). De manera que el segundo tipo de inferencias debe descansar en una inferencia del primer tipo.

Por otra parte, como hemos visto, los hechos, tal como nos interesan cuando son objeto de

prueba, son entidades complejas que combinan elementos observacionales y teóricos. Esto a veces se expresa también de otras maneras; por ejemplo, diciendo que tienen un núcleo duro y una carga normativa o valorativa, o señalando que presentan un componente interpretativo. Los elementos observacionales son aquellos que dependen de la observación de la realidad a través de nuestros sentidos; los elementos teóricos, normativos o interpretativos son aquellos que dependen de la red de conceptos con los que los clasificamos y comprendemos. Quizá sea útil distinguir entre (a) los hechos externos, tal como son al margen de nuestras percepciones e interpretaciones; (b) la percepción de esos hechos por nuestros sentidos (esto es, los datos sensoriales que obtenemos por medio de ellos) y (c) la interpretación que hacemos de esos hechos (algunos autores preferirían reservar el término "percepción" para la combinación de datos sensoriales y construcción interpretativa del hecho, pero en relación con la prueba puede ser pertinente tener en cuenta que en la construcción del hecho puede haber problemas puros de percepción, problemas puros de interpretación y problemas generados por la interacción entre percepción e interpretación

La interpretación de los hechos puede verse como un proceso de clasificación de los datos sensoriales percibidos en alguna clase genérica de hechos. Por ejemplo, "agitar los brazos" es una acción que puede interpretarse como "pedir auxilio", "amenazar", "saludar", etc. En este proceso intervienen factores muy variados, pero un factor central y de relevancia teórica son los conceptos y definiciones que aceptamos y usamos para ordenar el material empírico. Especialmente relevantes son los conceptos con los que clasificamos los distintos tipos de hechos, como son los conceptos de "acción", "estado de cosas", "relación causal", "intención", "omisión", etc. Así, por ejemplo, algunas conexiones entre sucesos las clasificamos como relaciones de causalidad; algunos movimientos corporales de las personas, acompañados de ciertas actitudes psicológicas, los consideramos acciones; en ciertos supuestos, lo que un agente no ha hecho lo podemos calificar de una omisión; etc. Determinar que algo es causa de otra cosa, que algo es una acción, que una acción es intencional o no, que ciertas actitudes constituyen emociones, etc. son cuestiones relevantes para la prueba. De hecho, normalmente sólo adscribimos responsabilidad a un agente si lo que hizo fue una acción voluntaria y si entre su acción y el resultado que se le reprocha hubo una relación de causalidad. Ahora bien, las afirmaciones acerca de este tipo de hechos tienen un alto nivel de interpretación y dependen en buena medida de opciones conceptuales. Según cuál sea el concepto de causa, por ejemplo, que manejemos (según la identifiquemos con condiciones necesarias o suficientes del efecto), una relación entre dos sucesos puede ser considerada causa o no; y según la noción de intención que usemos, las consecuencias de nuestras acciones previstas pero no deseadas directamente pueden ser consideradas intencionales o no. "Todo discurso mínimamente interesante es interpretativo", dice Ulises Moulines, y lo mismo puede decirse de los enunciados que son objeto de la prueba.

Lo anterior sugiere que hay otro tipo de inferencia que tiene que ver con los hechos (previa todavía a la calificación *jurídica* de tales hechos; no se trata aún, por tanto, del razonamiento cuya conclusión es la calificación jurídica del hecho, aunque esencialmente es una inferencia del mismo tipo: en ambos casos subsuntiva), cuyo enlace es una regla conceptual o definición (o, si se quiere, una teoría conceptual, en sentido amplio). Podemos llamarlas *inferencias (probatorias) interpretativas*. ¿Cuál es el fundamento, cuál la finalidad y cuál la fuerza de estas reglas conceptuales o definiciones?

El *fundamento* de las reglas conceptuales que usamos en la prueba de los hechos (judicial o no) remite a las condiciones formales y materiales de corrección o adecuación de los conceptos; la *finalidad* de estas reglas conceptuales remite a la función de los conceptos como herramientas para ordenar, clasificar, comprender el mundo, construir leyes generales explicativas y predictivas, etc.; y la *fuerza* de estas reglas dependerá del grado en que estén fundamentadas, de su adecuación a los fines perseguidos y -en el caso del Derecho- de si su origen se encuentra en el legislador, la jurisprudencia, la dogmática, etc.

11. La forma de la inferencia probatoria.

En lógica y en la teoría de la argumentación se distinguen varios tipos de argumentos. Una cuestión que puede plantearse a propósito de la inferencia probatoria es de qué tipo de argumento se trata.

Podemos hacer una gran distinción entre argumentos deductivos y no deductivos. La deducción es un tipo de razonamiento en el que la verdad de las premisas entraña la verdad de la conclusión; en los argumentos no deductivos la verdad (o corrección) de las premisas no asegura la verdad (o corrección) de la conclusión, pero puede ser una buena razón para aceptarla. Los argumentos no deductivos constituyen una amplia variedad, pero son de especial relevancia la inducción en sentido estricto (inducción ampliativa) y la abducción. Desarrollemos algo más estos tipos de argumentos:

a) Deducción: La deducción es la forma de razonamiento apropiada cuando conocemos una *regla* (en el sentido de un enunciado general que correlaciona una clase de individuos con una clase propiedades) y un *caso* subsumible en la regla, y queremos inferir un *resultado*. Los argumentos deductivos se caracterizan porque, dada su forma o estructura, no es posible -sin incurrir en una contradicción- afirmar las premisas y negar la conclusión; dicho de otra manera, la verdad de las premisas garantiza la verdad de la conclusión (en realidad, porque la información contenida en la conclusión no va más allá de la que ya teníamos en las premisas). Esto no quiere decir que las premisas no puedan ser falsas (y también la conclusión), desde un punto de vista material (de acuerdo con su correspondencia con la realidad, por ejemplo). Lo único que quiere decir es que si

las premisas fueran verdaderas, dada la estructura del argumento, la conclusión sería necesariamente verdadera. De manera que la lógica deductiva nos ofrece esquemas de razonamiento que nos conducen a conclusiones fiables, siempre que estemos seguros de las premisas de las que hemos partido.

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

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

X, Y, y Z son negros	(resultado)

b) Inducción: Los argumentos inductivos en sentido estricto son apropiados cuando conocemos una serie de casos y resultados y queremos extraer la regla que correlaciona unos con otros. En los argumentos inductivos extraemos una premisa de carácter general a partir del examen de una serie limitada de supuestos particulares, de manera que la conclusión siempre va más allá de las premisas. En una inducción siempre hay un "salto" de las premisas a la conclusión, por lo que la verdad de unas no nos garantiza la verdad de la otra. La conclusión de una inducción bien construida podrá ser más o menos probable, pero nunca será infaliblemente verdadera. En una inducción, si las premisas son verdaderas, la conclusión será probablemente verdadera. Las inducciones no tienen una validez todo o nada, a diferencia de las deducciones; en el caso de los argumentos no deductivos, en general, hay que hablar de grado de confirmación de la conclusión o de "solidez" de la inferencia.

Un ejemplo de inducción es el siguiente:

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

Todos los cuervos son negros	(regla)

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

Un ejemplo de argumento abductivo sería el siguiente:

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

X, Y y Z son cuervos	(caso)

Los argumentos abductivos tienen cierta fuerza que deriva de su potencialidad explicativa: en el ejemplo anterior, lo que concede fuerza al razonamiento es que la verdad de dicha conclusión explicaría por qué X, Y y Z son negros. Su ámbito fundamental es el de ayudarnos a descubrir respuestas, más que a justificarlas o demostrarlas.

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

Deducción	inducción	abducción
Regla	caso	resultado
caso	resultado	regla

resultado	regla	caso

La conclusión de una "inferencia probatoria" del tipo de las que tienen lugar en el proceso judicial ha de ser un enunciado sobre un hecho particular. Por ello, de los tres tipos de razonamiento analizados anteriormente, hemos de descartar la inducción (aunque ésta tiene gran relevancia para el establecimiento de las máximas de experiencia usadas por el juez). Algunos autores han sugerido que la abducción es la que mejor representa la manera de razonar del juez, pero quizá la discusión sobre cuál es la mejor forma de representar la inferencia probatoria sea estéril (y muchas veces basada en una confusión entre esquemas lógicos de justificación y esquemas que representan procesos mentales reales de razonamiento). Es decir, la inferencia probatoria se puede reconstruir con la forma de una deducción o de una abducción (e, incluso, con alguna otra que no hemos visto).

12. El carácter probabilístico de la inferencia probatoria epistémica.

Lo que es importante es tener en cuenta que, se construya de una manera u otra, la conclusión de una inferencia probatoria no puede ser una certeza absoluta (es decir, siempre tendrá un cierto grado de confirmación, que podrá ser mayor o menor, pero nunca absoluto). Esto es así por alguna o algunas de las siguientes razones:

(1) Si la inferencia probatoria se reconstruye como una inferencia deductiva, dado que no podemos estar absolutamente seguros de que las premisas sean verdaderas, tampoco podemos asegurar que lo

sea la conclusión, en el sentido de correspondiente con la realidad. Una deducción nos dice que *si* estamos seguros de las premisas, podemos estarlo de la conclusión, pero no nos asegura que las premisas sean verdaderas.

(2) Si la inferencia probatoria se reconstruye como un argumento no deductivo, además, el paso de las premisas a la conclusión no será necesario.

A la luz de las anteriores consideraciones, parece claro que la certeza absoluta no puede exigirse como requisito necesario de la decisión judicial. Como ha señalado Asencio Mellado, la convicción del juez no puede entenderse "en términos de certeza absoluta, sino únicamente de probabilidad; se trata, pues, de un juicio de probabilidad, de mayor o menor acercamiento entre la afirmación y el hecho acaecido, y en tanto tal hecho no es conocido y es hecho pasado, la probabilidad ha de ser medida en términos de verosimilitud".

Por todo lo anterior lo que resulta relevante para nosotros no es tanto la *validez* todo o nada de la inferencia probatoria, sino su *solidez*, entendida como una propiedad graduable. Cómo podemos valorar dicha solidez es algo que remite a los criterios de racionalidad epistemológica.

13. La valoración de la prueba. Criterios e solidez de la inferencia probatoria epistémica.

13.1. La "íntima convicción".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) Los hechos son tan objetivos que su conocimiento no requiere ningún tipo de razonamiento por parte del juez, sino que "impactan" directamente en su conciencia. Pero ya hemos visto que esta creencia constituye un error.

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

(3) La racionalidad epistemológica aplicable al conocimiento judicial de los hechos es de un tipo peculiar. Por tanto, el razonamiento que ha de hacer el juez es distinto del razonamiento que realizan el resto de sujetos que se ocupan del conocimiento de la realidad, esto es, de los científicos, detectives, historiadores, etc., y su peculiaridad hace que -a diferencia de los demás- no deba estar sujeto a ninguna regla a la hora de valorar la prueba. Se ha sugerido muchas veces el paralelismo entre la actividad cognoscitiva de los jueces y la de los historiadores: Por un lado, tanto los jueces como los historiadores están interesados en sucesos del pasado, irrepetibles (a diferencia, por ejemplo, de los físicos o químicos, que tratan de conocer leyes o teorías generales), lo que deja fuera la experimentación como método de descubrimiento. También se ha puesto de manifiesto las diferencias entre la actividad de unos y otros, que consisten fundamentalmente en el hecho de que

los jueces están sometidos a restricciones, en el sentido de que su actividad de búsqueda de la verdad es una actividad regulada institucionalmente. Pero esta diferencia en realidad no afecta a la valoración propiamente dicha, sino a la selección, presentación y examen de las pruebas, por lo que no parece que pueda fundamentar una distinción relevante entre la manera como razona el juez y como razona el historiador, una vez examinadas las pruebas (es decir, a la hora de su contrastación o valoración).

13.2. Criterios de valoración de la prueba.

La doctrina procesalista y la jurisprudencia han superado ya la falacia de la "íntima convicción", señalando que la valoración de la prueba no puede ser una operación libre de todo criterio y cargada de subjetividad, sino que debe estar sometida a las "reglas de la lógica", las "reglas de la sana crítica", "de la experiencia", del "criterio racional" o del "criterio humano". Se trata sin embargo de referencias sumamente vagas y muy difíciles de concretar. Quizá se puedan dar criterios más concretos o precisar qué son las "reglas de la sana crítica" (aunque siempre dentro de un elevado grado de vaguedad) si se toman algunas de las pautas de racionalidad epistemológica ofrecidos por algunos lógicos y filósofos de la ciencia para justificar las inducciones científicas (me guiaré, fundamentalmente, por la *Filosofía de la ciencia natural* de Hempel). Recordemos que en el esquema que hemos visto de la inferencia probatoria distinguíamos entre los hechos probatorios (las razones de la inferencia), la garantía (máximas de experiencia y presunciones) y los hechos a probar (la pretensión o hipótesis), de manera que podemos distinguir entre reglas o criterios acerca de los hechos probatorios, reglas o criterios acerca de la garantía y reglas o criterios acerca de la hipótesis del caso.

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

a) Criterios acerca de los hechos probatorios.

(1) ¿Son fiables los hechos probatorios?

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

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

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

Las inferencias que concluyen en alguno o varios de los hechos probatorios pueden encadenarse entre sí. Quizá pueda proponerse una regla según la cual la fiabilidad de tales hechos probatorios es mayor cuanto menor es la cadena de inferencias que llevan a ellos. Además, cada una de estas inferencias intermedias debe valorarse de acuerdo con estos mismos criterios.

(2) ¿Son suficientes?

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

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

(3) ¿Son variados?

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

El mismo papel parece cumplir la variedad en la prueba judicial. Si los hechos en contra de un sujeto acusado de tráfico de droga se limitan a numerosas acusaciones de sus vecinos, con los que mantiene desde hace tiempo pésimas relaciones, podría pensarse que la causa de las acusaciones es la animadversión de éstos, pero esta hipótesis alternativa se debilita si además encontramos una balanza de precisión en poder del acusado. Aun así, cabría la posibilidad de que la usara para hacer mediciones relacionadas con alguna afición suya. Pero, de nuevo, la hipótesis alternativa se debilita si encontramos en la balanza restos de cocaína. Este tipo de razonamiento que tiende a eliminar o debilitar hipótesis hasta quedarse con la más probable guarda relación con la concepción de la inducción como método de eliminación de hipótesis (inducción eliminativa) sostenida por Bacon.

(4) ¿Son pertinentes?

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

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

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

b) Criterios acerca de la garantía.

(1) ¿Está suficientemente fundada?

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

Ahora bien, las máximas de experiencia son a su vez la conclusión de una inducción ampliativa, por lo que no son necesariamente verdaderas, sino probables (en sentido inferencial). Su grado de credibilidad racional dependerá de que la inducción por medio de la cual han sido establecidas esté bien hecha. Dicho de otra manera, hay que examinar -como dice Marina Gascón- el fundamento cognoscitivo de estas máximas y regularidades, de manera que se excluyan las generalizaciones apresuradas y los prejuicios. Así, el grado de confirmación de la hipótesis final de la inferencia probatoria es mayor cuando las máximas de experiencia constituyen reglas científicas o vulgarizaciones de conocimientos ampliamente confirmados.

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

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

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

(2) ¿Establece un grado de probabilidad causal suficiente?

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

c) Criterios acerca de la hipótesis.

(1) ¿Ha sido refutada?

Existen varios requisitos a los que se puede someter la hipótesis para tratar de aumentar su credibilidad. Así, aunque la hipótesis venga confirmada por los hechos probatorios, aún hay que someterla al requisito de la no refutación. Una hipótesis es *refutada directamente* cuando su verdad resulta incompatible con otra afirmación que se ha dado por probada. Si las afirmaciones versan sobre hechos cuya coexistencia es poco probable, entonces la hipótesis pierde credibilidad. Una hipótesis es *refutada indirectamente* cuando implica una afirmación que se demuestra que es falsa (o poco probable).

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

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

H' es falsa

H es falsa

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

(2) ¿Se han podido confirmar las hipótesis derivadas?

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

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

(3) ¿Se han eliminado todas las hipótesis alternativas?

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

(4) ¿Es coherente?

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

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

(5) ¿Es simple?

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

14. Sobre el estándar de prueba.

Qué es el estándar de prueba.

Pueden distinguirse tres momentos en la toma de decisión sobre los hechos en un juicio penal: (1) el momento de selección de los elementos de juicio, (2) el momento de su valoración y de la construcción de la inferencia probatoria y (3) el momento de la toma de decisión en sentido propio.

Tras la valoración de la prueba, una vez realizadas las inferencias probatorias que conectan los distintos elementos de juicio con las distintas hipótesis (acusatoria y condenatoria) y una vez que se le ha asignado a cada hipótesis un distinto grado de credibilidad, podemos encontrarnos en alguna de las siguientes situaciones: Que la acusación haya sido probada concluyentemente (en cuyo caso se debe condenar al acusado), que la inocencia haya sido probada concluyentemente (en cuyo caso hay que absolver al acusado), o que no haya prueba concluyente ni de una ni de otra cosa (en cuyo caso, la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, exige la absolución (*in dubio pro reo*). De manera que resulta obvio que la toma de decisión depende de qué se entienda por "concluyente". El criterio que nos permite decir cuándo una prueba es concluyente, o suficiente para condenar, es lo que los teóricos de la prueba han llamado "estándar de prueba".

Es importante distinguir entre la función de los criterios de valoración racional de la prueba que hemos visto antes y el estándar de prueba. La valoración de la inferencia probatoria por medio de los criterios de racionalidad epistemológica sirve a la finalidad de determinar qué hipótesis es la más fundada a la luz de los elementos de prueba. Se trata de un instrumento para comparar el grado de fundamentación de distintas hipótesis acerca de cómo ocurrieron ciertos hechos. Si nuestra intención es escoger la hipótesis más probablemente verdadera, debemos escoger aquella a la que apuntan los criterios de racionalidad epistemológica. Pero nuestra conclusión siempre podrá estar equivocada, dado que tales criterios nunca nos proporcionan total certeza: la credibilidad de una hipótesis es una cuestión de grado. La determinación de cuáles son los criterios de valoración de la prueba que nos permiten una mayor aproximación a la verdad es una cuestión epistemológica. El estándar de prueba, por su parte, tiene la función de señalar a partir de qué umbral podemos considerar que el grado de credibilidad de una hipótesis es suficiente como para basar en ella la decisión. Si al Derecho simplemente le interesara adoptar la decisión basándose en la hipótesis que con más probabilidad es verdadera, el estándar de prueba no sería necesario (o simplemente vendría a decir que debe aceptarse la hipótesis mejor confirmada, como ocurre con el estándar de la probabilidad prevaleciente que se aplica en el proceso civil). Pero en el Derecho penal (y, en general, en el Derecho de carácter sancionador) debe tenerse en cuenta el principio de presunción de inocencia. Éste tiene su fundamento en la idea de que es más grave el error de declarar culpable a un inocente que el contrario, por lo que exige minimizar el riesgo de falsas condenas (aun a costa de aumentar el riesgo de falsas absoluciones). De manera que es necesario establecer un estándar de prueba más elevado, que le asegure al imputado que no va ser condenado simplemente porque la hipótesis acusatoria es más probable que el resto de hipótesis, sino porque lo es por encima de cierto umbral, que haga difícil (aunque nunca hará imposible) un error en la condena. Establecer este umbral no es una cuestión epistemológica (aunque tiene una consecuencia epistemológica: si se supera el estándar, estaremos más seguros de la verdad de la acusación), sino política y moral: una determinada distribución de los riesgos del error.

El problema de la objetividad.

Es una tesis aceptada por todos los teóricos de la prueba cognoscitivistas o racionalistas que para que un estándar de prueba pueda cumplir satisfactoriamente su finalidad debe tratarse de un estándar objetivo, es decir, debe estar formulado de manera que la determinación de si se ha cumplido o no sea independiente de las actitudes subjetivas del juzgador. Sin embargo, los estándares de prueba penales con los que cuentan la mayoría de los sistemas jurídicos no satisfacen este requisito. Los estándares de la duda razonable (que tiene su origen en los países anglosajones) y el de la íntima convicción (característico de los sistemas continentales europeos) no son objetivos,

en el sentido de que remiten a actitudes del juzgador no controlables intersubjetivamente. A falta de una mayor precisión del estándar (concretando qué es "una duda razonable" o en qué consiste "estar convencido"), si el juez o el jurado creen que tienen una duda razonable, o si no se sienten completamente convencidos, el estándar de prueba no queda superado. Y, por el contrario, si creen haber eliminado todas las dudas razonables o haber alcanzado una total convicción (que nunca será más que una forma de hablar, porque la convicción absoluta no puede alcanzarse en este ámbito), entonces el estándar de prueba se ha superado. Precisamente la doctrina y la jurisprudencia española ha entendido que mientras la presunción de inocencia, entendida como regla probatoria, establece un requisito objetivo de las sentencias condenatorias, el *in dubio pro reo* establece una condición subjetiva. Pero esta interpretación psicologista (1) es injusta y desigualitaria, pues no trata igual a los casos semejantes (con los mismos o semejantes elementos de juicio un juez o jurado puede condenar y otro absolver); (2) no permite un control real de la decisión, pues es el propio juzgador el que decide si tiene o no una duda razonable o si está plenamente convencido (esto es así hasta el punto de que el Tribunal Supremo ha señalado en ocasiones que sólo se puede admitir el control de las posibles vulneraciones del principio *in dubio pro reo* cuando el órgano sentenciador ha expresado sus dudas respecto de algún hecho relevante y aun así ha condenado: se trata, por tanto, de un derecho a que se absuelva si hay expresamente duda, pero no un derecho a que se dude); y (3) es irracional, en el sentido de que es indiferente (dada la falta de controles) si el convencimiento del juzgador se basa o no en criterios racionales.

En palabras de Larry Laudan, quien ha sido uno de los principales críticos del estándar de la duda razonable: "Aparentemente, todo lo que importa es si habiendo oído todas las pruebas, la creencia de los jurados es firme y sólida. Y si no es así, entonces debe votar la absolución. Los jueces ni tan siquiera explican a los jurados lo que significa tener una duda razonable, manteniendo de manera vergonzosa que esta noción es auto-evidente (...). Básicamente, en estas circunstancias, la duda razonable queda reducida a cualquier duda que un jurado quiera utilizar para absolver a alguien".

Algunos intentos de solución.

Para superar el problema de la subjetividad del estándar de prueba se han ofrecido varias formulaciones alternativas. Una primera posibilidad consiste en tratar de cuantificar el grado de credibilidad de las hipótesis, esto es, encontrar un método para expresar matemáticamente la confianza que tenemos en una hipótesis (Susan Haack ha llamado "Probabilismo jurídico" al intento de hacer esto en el ámbito de la prueba judicial). Si esto fuera posible, si fuera posible de una manera objetiva cuantificar matemáticamente el apoyo que los elementos de juicio prestan a la hipótesis que se quiere probar (si pudiéramos decir, por ejemplo, que dadas tales pruebas la

hipótesis queda confirmada en un 70% o un 90%, por ejemplo), entonces podría establecerse un estándar de prueba objetivo: habría que decidir si en el 90%, en el 95%, en el 87% o en la probabilidad que fuera, pero podríamos objetivizar el estándar de prueba.

El problema de este intento de ofrecer un estándar objetivo es que no se cuenta con instrumentos satisfactorios para hacer este cálculo. Los intentos de aplicar el Teorema de Bayes al cálculo del grado de credibilidad de una hipótesis (que son los intentos más serios del "probabilismo jurídico") parecen suscitar enormes dificultades. El Teorema de Bayes afirma que la probabilidad de un evento H, dado un evento E, puede determinarse en función de la frecuencia estadística con la que dado H se verifica E y de la probabilidad atribuida precedentemente al evento H (esto es, sin contar con el evento E)¹. Esto es, permite medir el impacto que una determinada prueba (o un conjunto de ellas) tiene sobre la probabilidad atribuida inicialmente (antes de esa prueba) a una hipótesis. El modo de proceder para su uso como estándar de prueba consistiría en establecer en primer lugar cuál es la probabilidad *a priori* que se asigna a la hipótesis de la culpabilidad y la aplicación de la fórmula indicará, dado el impacto de las nuevas pruebas, cuál es la probabilidad *a posteriori* de esa hipótesis. Si hemos establecido el estándar de prueba en un 95%, por ejemplo, lo habremos superado si la probabilidad *a posteriori* es igual o mayor. ¿Cómo asignamos la probabilidad *a priori*? En algunos casos es posible tener datos estadísticos que nos permitan esta asignación inicial de probabilidad, pero en la inmensa mayoría de los casos la asignación de la probabilidad *a priori*, que determina finalmente la *probabilidad a posteriori*, es totalmente subjetiva. Con ello, el estándar de prueba construido de esta manera no supera el problema de la subjetividad, sino que sólo lo traslada a otro momento.

Antes hemos visto que el estándar de prueba de la duda razonable (o el de la íntima convicción) planteaba tres problemas: a) era desigualitario, pues ante las mismas pruebas, jueces distintos pueden tener o no una duda razonable; b) no permitía el control, pues dada su subjetividad y la falta de precisión del estándar, basta con que el juez diga que ha tenido una duda razonable y c) era irracional, al no poderse controlar que la duda estuviera basada en criterios racionales. Pues bien, la "inferencia bayesiana" incurre en estos mismos tres problemas:

a) No respeta el principio de igualdad: es perfectamente posible que dos jueces distintos hayan asignado probabilidades iniciales distintas a la hipótesis a probar (precisamente, lo raro sería lo contrario), de manera que aunque valoren los mismos elementos de juicio, las probabilidades finales

¹ La fórmula correspondiente al teorema de Bayes es la siguiente: $P(H/E)=P(E/H) \times P(H)/P(E/-H)$; se lee como sigue: La probabilidad de que la hipótesis H sea verdadera si tenemos el elemento de juicio E es igual a la probabilidad de que el elemento de juicio E sea verdad si la hipótesis H es verdad, multiplicado por la probabilidad de que la hipótesis H sea verdad al margen de dicho elemento de juicio (probabilidad inicial), dividido por la probabilidad de que se dé E si H no es verdad. Por ejemplo, la probabilidad de que Pedro sea el asesino dado que poseía el arma homicida es igual a la probabilidad de que tuviera el arma homicida si fuera el asesino, multiplicada por la probabilidad *a priori* (sin ese elemento de juicio) de que fuera el asesino, dividida por la probabilidad de que tuviera el arma homicida si no fuera el asesino.

serán también distintas (los partidarios de la "inferencia bayesiana" suelen creer que aunque las asignaciones iniciales de probabilidad subjetiva de un grupo de individuos sean distintas, acaban convergiendo ante las pruebas que vayan surgiendo, pero esto dista mucho de estar probado²).

b) No permite el control, dado que legitima que la asignación de la probabilidad *a priori* sea subjetiva (una "corazonada").

c) Es irracional en un sentido relevante, puesto que no controla qué criterios usan los jueces para la asignación inicial de probabilidad. Como señala De Finetti-Savage, esta teoría de la inferencia probatoria "enseña únicamente a extraer conclusiones coherentes respecto de los juicios de partida, cualesquiera que estos sean (por ello no tiene ni siquiera sentido preguntarse si éstos son en sí mismos más o menos 'sensatos' o, aún peor, 'correctos o equivocados'). Podría aplicarla correctamente también un supersticioso que atribuyera elevadas probabilidades a la ocurrencia de ciertas predicciones o presentimientos").

Pero, además de los anteriores problemas planteados por la aplicación del Teorema de Bayes a la inferencia probatoria, hay uno que tiene una relación directa con la presunción de inocencia y que es suficiente por sí solo para descartarlo en el proceso penal: la presunción de inocencia exige que no se asigne ninguna probabilidad a la hipótesis de la culpabilidad antes de haber analizado las pruebas. Luego tomarse en serio la presunción de inocencia exigiría que la probabilidad *a priori* asignada a la hipótesis de la culpabilidad sea 0 o, al menos, muy baja (en caso contrario, el juez o jurado tendría un prejuicio contra el acusado). Pero entonces la aplicación del Teorema haría que la probabilidad *a posteriori* fuera también 0 o muy baja. Ningún elemento de juicio, por potente que fuera, podría fundamentar una hipótesis de culpabilidad³. Esto descarta totalmente la posibilidad de aplicar un estándar de prueba *bayesiano* en el proceso penal.

Ante el fracaso del intento de expresar el grado de credibilidad de una hipótesis de un modo matemático (salvo como mera metáfora), se han propuesto otras formulaciones para el estándar de prueba. Tres de las más importantes y recientes han sido las siguientes:

a) Una condena está justificada si a) la hipótesis de la culpabilidad puede explicar la mayor parte de los hechos más importantes del caso y b) la hipótesis de la inocencia no puede dar cuenta de ninguna prueba importante que no haya logrado explicar la hipótesis de la culpabilidad (Laudan).

b) 1) La hipótesis debe tener un alto nivel de contrastación, explicar los datos disponibles y ser capaz de predecir nuevos datos que, a su vez, hayan sido corroborados. 2) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis ad hoc. (Jordi Ferrer)

² Larry Laudan, *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, pág. 101.

³ Larry Laudan, *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, pág. 101. Jordi Ferrer, *La valoración racional de la prueba*, pág. 119. Si la probabilidad inicial es 0 el teorema de Bayes diría que $P(H/E) = P(E/H) \times 0 / P(E/-H)$, lo cual, obviamente, es 0.

c) El estándar de prueba consiste en optar por la hipótesis que mejor explique los hechos probatorios o elementos de juicio, esto es, la hipótesis más plausible (R. Allen y M. Pardo). Desde este punto de vista, la inferencia probatoria es una "inferencia de la mejor explicación" o abducción.

Sin embargo, ninguno de estos criterios está libre de problemas. Algunos de ellos son los siguientes:

a) La primera es que todas estas formulaciones incluyen expresiones cargadas de vaguedad, como "hechos más importantes del caso", "prueba importante" (Laudan), "alto nivel de contrastación", "hipótesis plausibles" (Ferrer), "mejor explicación" (Allen y Pardo). Por supuesto, hay que reconocer que suponen un avance importante en la reducción de la vaguedad frente a los estándares tradicionales de la duda razonable y la íntima convicción, pero al mantener todavía un grado elevado de imprecisión (probablemente ineliminable), corren el peligro de la subjetivización: la vaguedad, unida a la necesidad de decidir, conduce a la necesidad de apreciación subjetiva. Por otra parte, lo que necesitamos para establecer un estándar de prueba es un umbral todo o nada, lo que el uso de expresiones con este tipo de vaguedad (vaguedad por graduabilidad) hace imposible.

b) La segunda dificultad que plantean estas formulaciones (al menos, las dos primeras) es que, al haberse inspirado en los estándares propuestos en el ámbito científico, acaban siendo demasiado exigentes (probablemente, incluso para la ciencia). Pensemos, por ejemplo, en el requisito de eliminar *todas* las hipótesis alternativas. Como recuerda Bayón, en el contexto de la prueba judicial la posibilidad de someter a contrastaciones empíricas las hipótesis rivales (algo necesario para eliminarlas) está -por razones institucionales- muy limitada en comparación con lo que ocurre en el contexto científico, y las "máximas de experiencia" (incluso las que pueden considerarse sólidamente fundadas en una inducción ampliativa) "establecen asociaciones entre dos fenómenos con un grado de probabilidad que no es comparable al de las leyes naturales". Por ello, la circunstancia normal será la coexistencia de varias hipótesis plausibles.

c) Queda entonces el recurso a escoger aquella hipótesis que explique mejor los datos probatorios, pero entonces el problema parece ser el contrario: resulta un criterio demasiado poco exigente para el Derecho penal: supongamos dos hipótesis h1 y h2; el juzgador puede considerar que h1 explica mejor los datos probatorios que h2, pero aún así puede ser que h1 no sea lo suficientemente buena como para condenar, en virtud del principio *in dubio pro reo*. Supongamos ahora dos hipótesis h1 y h2; ambas son hipótesis razonables, aunque h1 es mejor; ahora bien, si no hay mucha diferencia entre una y otra hipótesis (aunque una sea mejor), entonces, de nuevo por el mismo principio, debe absolverse. Es decir, la selección de la hipótesis que ofrece una mejor explicación de los datos probatorios no excluye la necesidad de un estándar de prueba adicional.

d) Dado que los anteriores criterios no son aptos para establecer un "umbral" (bien por su vaguedad por graduabilidad, bien porque sus exigencias no pueden ser satisfechas plenamente en el marco del

proceso judicial), cabe verlos más bien como criterios racionales de valoración de la prueba. Pero entonces, se trata de criterios para minimizar el error: su mejor utilidad consiste en decirnos cuál de varias hipótesis en conflicto está mejor fundada, pero eso es insuficiente si lo que queremos es distribuir el error de manera que se minimicen las falsas condenas. Escoger la hipótesis más probable hace correr a ambas partes con el riesgo del error de una manera igualitaria.

Consideraciones como las anteriores han llevado a autores como Mercedes Fernández López y Juan Carlos Bayón a la conclusión de que la protección de la presunción de inocencia nos lleva a la necesidad de reforzar las reglas de prueba. En palabras de Fernández López: "Aunque creo inviable una concreción de la regla [que establece el estándar de prueba] con validez para todos los casos, sí es posible concretar su alcance poniéndola en relación con los medios de prueba que ha de valorar el juez indicando en cada caso cuáles han de ser los requisitos que éstos han de reunir para constituir prueba de cargo suficiente para condenar". Y en palabras de Juan Carlos Bayón: "si el estándar de prueba no es capaz de distribuir adecuadamente el riesgo del error, no intentar hacerlo mediante reglas concretas (de admisibilidad de elementos de prueba, sobre la carga de la prueba, que condicionen el valor de ciertos medios de prueba a su corroboración por otro medio de prueba distinto, etc.) puede acabar equivaliendo a no contar el valor de ese fin ninguna vez". La sugerencia de estos autores consiste, por tanto, en reforzar el primer (selección de las pruebas) y segundo momento de la decisión (valoración de las pruebas), al no poder contar con un estándar de prueba suficientemente robusto en el tercero (toma de decisión, propiamente).

La construcción de estas reglas no es, sin embargo, nada fácil, porque deben evitarse tres peligros: (a) Deben tener suficiente flexibilidad como para no incurrir en un nuevo sistema de pruebas rígidamente tasadas, (b) pero deben evitar también un lenguaje excesivamente vago e impreciso que, de nuevo, haga imposible el control intersubjetivo de la decisión y (3) deben ser algo más que meros criterios para determinar qué hipótesis está mejor fundada (porque si se limitan a eso, como, en mi opinión, ocurre con las reglas de valoración de la prueba de indicios, no pueden cumplir la función de distribución del error). Un difícil equilibrio y una tarea de todos.

