

# ARGUMENTACIÓN Y PRUEBA JUDICIAL

Daniel GONZÁLEZ LAGIER

I. El razonamiento judicial como una cadena de argumentos . . . . .	89
II. La estructura de la inferencia probatoria . . . . .	91
III. La validez de la inferencia probatoria . . . . .	98
1. Deducción . . . . .	99
2. Inducción generalizadora (o en sentido estricto) . . . . .	100
3. Inducción probabilística . . . . .	103
4. Abducción . . . . .	104
IV. El carácter probabilístico de la inferencia probatoria . . . . .	105
V. Dos sistemas de valoración de la prueba . . . . .	109
VI. Crítica a la íntima convicción . . . . .	111
VII. Criterios de solidez de la inferencia probatoria . . . . .	114
1. Criterios acerca de los hechos probatorios. . . . .	115
2. Criterios acerca de la garantía o conexión . . . . .	120
3. Criterios acerca de la hipótesis. . . . .	123
VIII. Conclusiones . . . . .	127
1. Prueba y verdad . . . . .	127
2. Inmediación y control racional . . . . .	128
3. Decidir y justificar. . . . .	130
4. Teoría y prueba judicial . . . . .	130
IX. Bibliografía . . . . .	131

## ARGUMENTACIÓN Y PRUEBA JUDICIAL

Daniel GONZÁLEZ LAGIER

En este trabajo quisiera presentar una reconstrucción del tipo de razonamiento que hacen los jueces cuando valoran las pruebas aportadas al proceso y determinan qué versión acerca de cómo ocurrieron los hechos que configuran el caso dan por probada. Llamaré a este tipo de razonamiento "inferencia probatoria". Una vez analizado este razonamiento y los criterios para valorar su corrección, trataré de extraer algunas conclusiones relevantes acerca de la prueba de los hechos.

### I. EL RAZONAMIENTO JUDICIAL COMO UNA CADENA DE ARGUMENTOS

En el proceso de prueba judicial pueden distinguirse, a efectos analíticos, dos fases: una primera fase consistiría en la práctica de las pruebas y, por tanto, en la obtención de información a partir de ellas, esto es, a partir de lo que dicen los testigos, los documentos, los peritos, etcétera. Una segunda fase consiste en extraer una conclusión a partir de la información obtenida en la primera fase. Esta segunda fase se correspondería, propiamente, con el razonamiento probatorio. La primera fase puede verse también como el establecimiento de las pre-

misas del argumento que trata de probar una determinada hipótesis (qué es lo que en realidad sucedió). La segunda fase puede verse como la realización de la inferencia que permite pasar de las premisas a la conclusión.

El razonamiento en el que consiste esta segunda fase es muy complejo, y consta en realidad de un encadenamiento de argumentos o inferencias parciales. En el extremo inicial de la cadena encontramos la información obtenida directamente a partir de las pruebas practicadas. Por ejemplo: un policía declara que se encontró en la vivienda de Ticio un arma del mismo calibre que la que causó la muerte de Cayo, y un testigo declara haberles visto discutir poco antes del fallecimiento de este último (obsérvese que la información que obtenemos directamente es que el policía declara que el arma fue encontrada en la vivienda de Ticio, *no que realmente el arma fuera encontrada en la vivienda de Ticio*. Esto último ya es el resultado de la valoración de la fiabilidad de tal declaración, es decir, ya es el resultado de un razonamiento, de una inferencia). En el extremo final encontramos una hipótesis. Por ejemplo: Ticio mató a Cayo. Entre un extremo y otro de la cadena encontramos premisas y conclusiones intermedias. Por ejemplo, de la declaración del testigo, si le concedemos credibilidad, inferimos que Ticio y Cayo realmente discutieron, y de esta conclusión inferimos a su vez que la discusión puede haber sido un móvil para el homicidio, lo que —junto con el resto de indicios y pruebas— puede llevarnos a la conclusión final o hipótesis: Ticio mató a Cayo.

Podríamos distinguir, por tanto, entre la “inferencia probatoria completa” y cada una de las in-

ferencias probatorias parciales. Lo que pretendo estudiar es el esquema de cada una de estas inferencias parciales, esto es, de cada eslabón de la cadena.

## II. LA ESTRUCTURA DE LA INFERENCIA PROBATORIA

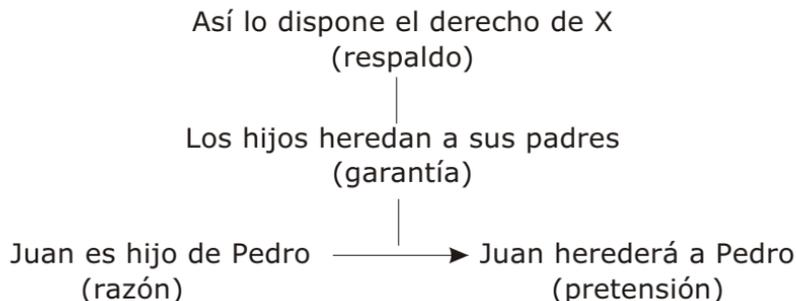
Una manera de mostrar las peculiaridades de la inferencia probatoria consiste en representarla de acuerdo con la propuesta de Toulmin acerca del esquema de los argumentos.<sup>1</sup>

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 pre-

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

sententes en toda argumentación o razonamiento, sea del tipo que sea (jurídico, científico, de la vida cotidiana, etcétera).

FIGURA 1



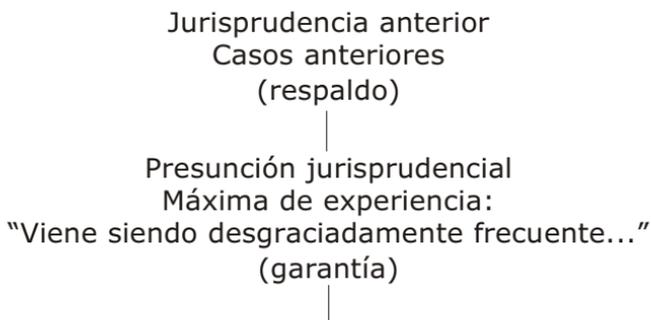
Este esquema puede ser trasladado con facilidad al razonamiento judicial en materia de hechos.<sup>2</sup> Los hechos probatorios constituirían las razones del argumento; los hechos a probar, la pretensión o hipótesis del caso; la garantía estaría constituida por las máximas de experiencia, presunciones y otro tipo de enunciados generales que actúan como reglas de inferencia, autorizando 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 del 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

<sup>2</sup> Manuel Atienza (1991), p. 119.

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).

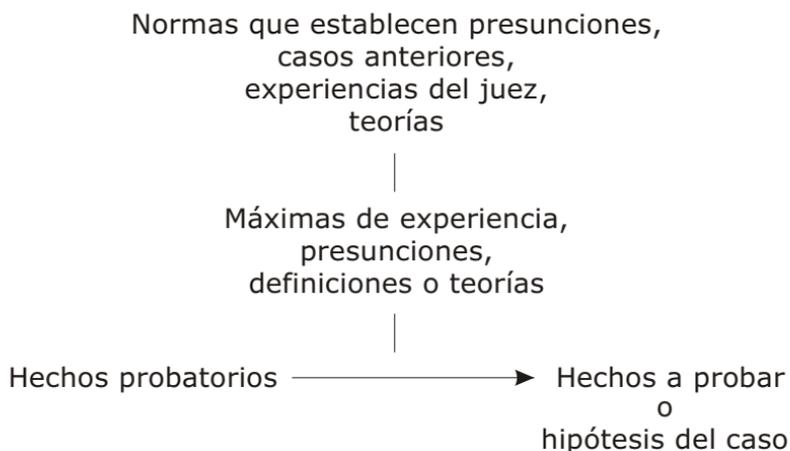
## FIGURA 2



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

FIGURA 3



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

- 1) En los hechos probatorios, dada la conexión que existe entre prueba y normas jurídicas para algunos tipos de hechos,<sup>3</sup> nos podemos encontrar

<sup>3</sup> González Lagier, Daniel (2000).

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. Además, estos hechos probatorios pueden tener un grado mayor o menor de "interpretación". Las descripciones de los hechos pueden ser más o menos interpretadas, en función de que se sitúen más cerca de lo meramente percibido (por ejemplo, cuando describimos un movimiento corporal), o que incluyamos en la descripción el significado o sentido que atribuimos a ese hecho (por ejemplo, cuando interpretamos el agitar un brazo como una acción de saludar). Normalmente, cuanto más avanzamos en la cadena de razonamientos, más interpretados son los hechos probatorios.

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, como hemos dicho, 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. En algunos supuestos, podemos encontrarnos con que el papel de la garantía lo cumple alguna definición o teoría, que pueden tener un origen doctrinal, legal o jurisprudencial (por ejemplo, lo que permite dar por probado que cierta consecuencia ha sido intencional —y, por tanto, puede apreciarse al menos dolo eventual— depende de si se acepta una definición de consecuencia intencional como consecuencia meramente prevista o como consecuencia prevista y, además, deseada o aceptada). Inmediatamente hay que precisar que, en realidad, cuando la unión entre los hechos probatorios y el hecho a probar viene dado por una teoría o una definición (esto es, cuando el vínculo es conceptual), no nos encontramos propiamente ante un caso de prueba, sino de interpretación o calificación de los hechos.<sup>4</sup> En to-

<sup>4</sup> Sin embargo, no siempre resulta clara esta distinción entre prueba e interpretación. La cuestión requeriría una tesis acerca de la individualización de hechos: cuando un mismo evento es susceptible de más de una interpretación, y ambas son correctas, ¿estamos refiriéndonos a un mismo hecho o a más de uno? Por ejemplo: ¿"Agitar el brazo" y "saludar agitando el brazo" son dos acciones distintas o dos descripciones distintas de una misma acción? A propósito de las acciones hay en este punto una discusión importante entre "multiplicadores" (responderían que hay dos acciones distintas) y "unificadores"

do caso, es importante darse cuenta de las implicaciones prácticas de las definiciones y las teorías a la hora de declarar como probado un hecho *bajo cierta interpretación*.

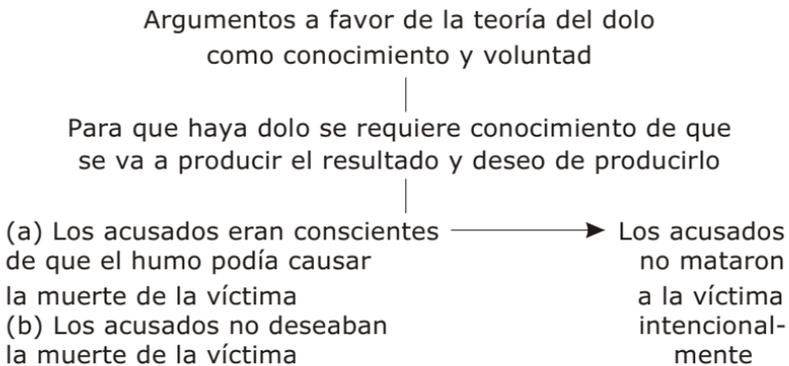
Las máximas de experiencia, las presunciones y las definiciones pueden verse como enunciados generales cuya estructura sería: En el caso de las máximas de experiencia, "Si X, entonces probable Y"; en el caso de las presunciones: "Si X, entonces probado Y"; y en el caso de las definiciones, "X cuenta como 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.

La figura 2 muestra un ejemplo de inferencia probatoria en la que la garantía o regla de inferencia consistía en una presunción y en una máxima de experiencia. La siguiente sería un ejemplo de inferencia cuya garantía consistiría en una definición: dos sujetos asaltan en el campo a un tercero, robándole y dejándole inconsciente dentro de una gruta. Acto seguido colocan en la entrada de la gruta varios neumáticos y ramas y les prenden fuego, de manera que el humo asfixia a la víctima. El tribunal dio por probado que los asaltantes eran conscientes de la posibilidad de que el humo causara la muerte de la víctima, pero también dio por probado que esa no era su intención directa y que su objetivo era evitar que la víctima pudiera se-

(responderían que sólo hay una). No puedo entrar ahora en ella; sin embargo, mi impresión es que se trata de una discusión con consecuencias que sólo afectan a la manera de presentar las cosas, y no a problemas de fondo.

guirles. Que se considere que la muerte se causó intencionalmente (dolosamente) o no depende de la definición que se adopte. El tribunal adoptó la definición tradicional de dolo: hay dolo cuando el resultado es previsto y además deseado (frente a la definición de dolo como mero conocimiento de que el resultado es probable) y excluyó que quedara probada la existencia de dolo en este caso.

FIGURA 4



4) El respaldo está constituido por todo aquello que permite apoyar las máximas de experiencia, las presunciones o las definiciones: 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), teorías, otros argumentos, etcétera.

### III. LA VALIDEZ DE LA INFERENCIA PROBATORIA

Podría pensarse que la validez que concedamos a la inferencia probatoria depende de cómo la cla-

sifiquemos dentro de los tipos de argumentos que distinguen los lógicos. Éstos suelen trazar una gran división entre argumentos deductivos y argumentos inductivos. Una manera —aunque no la única—<sup>5</sup> de trazar la división consiste en definir la deducción como un tipo de razonamiento en el que la verdad de las premisas entraña la verdad de la conclusión, mientras que la inducción agrupa a los razonamientos en los cuales la verdad de las premisas no entraña la verdad de la conclusión, pero es una razón para aceptarla.<sup>6</sup> Si se define a la inducción de esta manera, dentro de los argumentos inductivos podemos distinguir —entre otros tipos— a) la inducción generalizadora, o inducción en sentido estricto; b) la inducción probabilística; y c) la abducción o retroducción. Veamos algo más acerca de estas formas de razonamiento.

### 1. *Deducción*

La deducción (vista como silogismo subsuntivo, que parece ser una de sus formas básicas) es la forma de razonamiento apropiada cuando conocemos una *regla* (en el sentido de un enunciado general que correlaciona una clase de individuos con una clase de 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 conclu-

<sup>5</sup> García Suárez, Alfonso (1984), pp. 12 y ss.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 13.

sión (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

X, Y y Z son cuervos

---

X, Y, y Z son negros

## 2. *Inducción generalizadora (o en sentido estricto)*

Los argumentos inductivos en sentido estricto son apropiados cuando conocemos una serie de casos y resultados (de acuerdo con la posición que ocuparían en el silogismo subsuntivo) y queremos extraer la regla que correlaciona unos con otros.

En los argumentos inductivos extraemos una premisa de carácter general a partir del examen de una serie limitada de supuestos particulares, de manera que la conclusión siempre va más allá de las premisas. En una inducción siempre hay un "salto" de las premisas a la conclusión, por lo que la verdad de unas no nos garantiza la verdad de la otra. La conclusión de una inducción bien construida podrá ser más o menos probable, pero nunca será infaliblemente verdadera.

La inducción tiene relación con dos sentidos distintos de "probabilidad":<sup>7</sup>

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

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

<sup>7</sup> Estos dos sentidos, aunque con diferente terminología, pueden encontrarse en Hempel, Carl Gustav (1973), pp. 93-106.

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

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

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

Se ha dicho que toda la ciencia descansa en inducciones a partir de la observación de la reali-

dad,<sup>8</sup> y dado que las conclusiones de una inducción nunca son necesariamente verdaderas, entonces se sigue que nuestro conocimiento nunca es necesariamente verdadero, sólo verdadero por aproximación. Por ello, a la inducción se le ha llamado "la gloria de la ciencia" y "el escándalo de la filosofía".<sup>9</sup> Ahora bien, mientras nuestras inducciones permitan el desarrollo de la ciencia y la técnica (es decir, nos permitan comprender el mundo, predecir sus cambios y desarrollar instrumentos para controlarlo) sin haber sido refutadas, seguiremos fiándonos de ellas.

Un ejemplo de inducción generalizadora es el siguiente:

X, Y y Z son cuervos

X, Y y Z son negros

---

Todos los cuervos son negros

### 3. *Inducción probabilística*

Hemos visto que las reglas generales que podemos obtener por inducción ampliativa pueden ser universales o probabilísticas. Si son universales, podemos construir con ellas deducciones, subsidiando el caso en la regla universal. Obtenemos

<sup>8</sup> Y esto puede afirmarse tanto de las ciencias nomotéticas (como la física o la química), que se ocupan de la formulación y verificación de leyes y teorías acerca del mundo, como de las ciencias ideográficas, que se ocupan de la averiguación de hechos individuales e irrepitibles (como la historia), porque estas últimas requieren también de generalizaciones que aplicar a su objeto de estudio.

<sup>9</sup> Broad, C. D., *The Philosophy of Francis Bacon*, Cambridge, 1926. Tomo la cita de Alfonso García Suárez (1984), p. 11.

de esta manera un resultado que será necesariamente verdadero (si las premisas lo son). Pero si son probabilísticas, al subsumir el caso en ellas no obtenemos un resultado cuya verdad esté garantizada por las premisas, sino meramente probable. Hempel considera a este tipo de razonamiento una inducción, a la que llama *explicación probabilística*.<sup>10</sup> Imaginemos que hemos descubierto que algunos cuervos, sometidos a determinados experimentos de laboratorio, cambian de color y se vuelven blancos, de manera que lo que era considerado un enunciado estrictamente universal ("todos los cuervos son negros") pasa a enunciarse como una regla probabilística ("si  $x$  es un cuervo, probablemente es negro"). Entonces el siguiente argumento sería un ejemplo de inducción probabilística:

Si  $x$  es un cuervo, probablemente es negro  
 $x$  es un cuervo

---

$x$  es negro

Ahora bien, en opinión de Hempel, aunque la primera premisa de esta inferencia expresa una probabilidad causal, la conclusión se sigue con una probabilidad inferencial (puesto que aquí estamos operando con enunciados y no con eventos).<sup>11</sup>

#### 4. *Abducción*

Cuando conocemos la regla y el resultado, podemos inferir el caso por medio de una abducción.

<sup>10</sup> Hempel, Carl Gustav (1973), pp. 91 y ss.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 103.

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

Un ejemplo de argumento abductivo sería el siguiente:

X, Y y Z son negros  
Todos los cuervos son negros

---

X, Y y Z son cuervos

Los argumentos abductivos, como el del ejemplo anterior, desde el punto de vista de la lógica deductiva constituyen falacias (en concreto, la falacia de la afirmación del consecuente). Sin embargo, tienen cierta fuerza que deriva de su potencialidad explicativa: en el ejemplo anterior, lo que concede fuerza al razonamiento es que la verdad de dicha conclusión explicaría por qué X, Y y Z son negros.<sup>12</sup>

#### IV. EL CARÁCTER PROBABILÍSTICO DE LA INFERENCIA PROBATORIA

¿Cuál de estos tipos de argumento sería la inferencia probatoria? Su conclusión ha de ser un enunciado sobre un hecho particular. Por ello, de

<sup>12</sup> Para un análisis en profundidad de la abducción, véase Bonorino, Pablo Raúl, (1993), pp. 207-237.

los cuatro tipos de razonamiento analizados anteriormente, hemos de descartar la inducción ampliativa (aunque, como veremos, ésta tiene gran relevancia para su solidez, puesto que la garantía muchas veces viene fundamentada por medio de inducciones generalizadoras). Algunos autores han sugerido que la abducción es la que mejor representa la manera de razonar del juez, pero quizá la discusión sobre cuál es la mejor forma de representar la inferencia probatoria sea estéril (y muchas veces basada en una confusión entre esquemas lógicos de justificación y esquemas que representan procesos mentales de razonamiento). Parece razonable pensar que todos estos esquemas de razonamiento pueden usarse, tanto en el proceso de descubrimiento de una nueva hipótesis como en la justificación de la misma.

Lo relevante, sin embargo, es que se construya de una manera u otra, la conclusión de una inferencia probatoria no puede ser una certeza lógica (es decir, siempre será probable, en el sentido de grado de credibilidad), por alguna o algunas de las siguientes razones:

1) Si la inferencia probatoria se reconstruye como una inferencia deductiva, dado que no podemos estar absolutamente seguros de que las premisas sean verdaderas, tampoco podemos asegurar que lo sea la conclusión, en el sentido correspondiente con la realidad.<sup>13</sup>

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

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

La consecuencia de uno u otro tipo de probabilidad es, a los efectos que nos interesan, la misma: la falta de certeza lógica o absoluta acerca de si la conclusión de la inferencia probatoria se corresponde con lo que ocurrió en la realidad. La certeza absoluta no puede exigirse como requisito necesario de la decisión judicial; por ello, ciertas afirmaciones y distinciones de la doctrina procesalista se muestran a veces como formas poco apropiadas de referirse a la conclusión de la inferencia probatoria. Por ejemplo, cuando se afirma que la finalidad de la prueba es el convencimiento pleno del juez, si *convencimiento pleno* equivale a total y absoluta seguridad.<sup>14</sup> Como hemos visto, la conclusión de la inferencia probatoria es siempre probable, y si el juez llega a una conclusión "probable" no puede lógicamente (aunque sí psicológicamente)<sup>15</sup> "estar seguro" de ella (aunque sí "casi seguro", y eso es lo que hay que exigir).<sup>16</sup> Tam-

<sup>14</sup> Esta es la opinión, sin embargo, de un sector de la doctrina, como pone de manifiesto M. Miranda Estampres (1997), pp. 56 y ss.

<sup>15</sup> Pero eso no es suficiente. Como señala Daniel Mendonca, "la convicción [psicológica] es una cuestión subjetiva que varía de persona en persona y, con frecuencia, en la misma persona de tiempo en tiempo; consiguientemente, ella no puede servir como condición necesaria ni suficiente para determinar la corrección de juicios probatorios". Mendonca, Daniel (1997), p. 74.

<sup>16</sup> Bonorino, Pablo Raúl (1999, pp. 15-23) llega a una conclusión similar, aunque por otra vía (considerando que la relación entre el antecedente y el consecuente de las máximas de experiencia aplicadas por el juez es un condicional derrotable). La afirmación de que la verdad procesal es una verdad probable es bastante común entre quienes se han ocupado de este asunto desde una perspectiva filosófica. Recorre todos los trabajos sobre los hechos en el derecho de autores como Perfecto Andrés Ibáñez, Luigi Ferrajoli, Marina Gascón, Paolo Comanducci, Michele Taruffo, etcétera.

bién es inapropiado distinguir entre prueba plena (o perfecta) y semiplena (o imperfecta) diciendo que mediante la primera se alcanza “la plena o total convicción de la realidad de los hechos” y con la segunda meramente “una simple probabilidad o verosimilitud”<sup>17</sup> (pues mediante la prueba sólo alcanzamos conclusiones probables). Y, por último, tampoco tiene sentido decir, como hacen otros autores, que no existe la prueba semiplena porque —en palabras de Sentís Melendo— “la prueba es total y plena, o no es nada”;<sup>18</sup> o que “no existe una mayor o menor convicción judicial, o se alcanza o no se alcanza”.<sup>19</sup> Este tipo de opiniones, al ocultar que el convencimiento es una cuestión de grado, constituyen una falacia, y es preferible entender —como hace Asencio Mellado, entre otros— que la convicción del juez no puede entenderse “en términos de certeza absoluta, sino únicamente de probabilidad; se trata, pues, de un juicio de probabilidad, de mayor o menor acercamiento entre la afirmación y el hecho acaecido, y en tanto tal hecho no es conocido y es hecho pasado, la probabilidad ha de ser medida en términos de verosimilitud”.<sup>20</sup>

Por todo lo anterior lo que resulta relevante para nosotros no es tanto la *validez* de la inferencia probatoria, si se entiende como una propiedad to-

<sup>17</sup> Tomo las definiciones de Miranda Estampres, M. (1997, p. 52), quien, no obstante, rechaza esta distinción, por considerar que la prueba semiplena no es prueba.

<sup>18</sup> De nuevo tomo la cita de Miranda Estampres, M. (1997), *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, quien comparte esta opinión con Mittermaier, Humberto Rodríguez, Montero Aroca, etcétera.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 225.

<sup>20</sup> Asencio Mellado, José María (1989), p. 16.

do o nada, sino su *solidez*, entendida como una propiedad graduable, como su mayor o menor capacidad de generar la convicción del juez. ¿Cómo podemos valorar dicha solidez?

## V. DOS SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

¿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? Estas 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";<sup>21</sup> 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

<sup>21</sup> Miranda Estampres, M. (1997), p. 109. Sobre los dos sistemas de valoración y sus implicaciones véase, también, Asencio Mellado, José María (1989), capítulo II.

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”.<sup>22</sup> 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:<sup>23</sup>

...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

<sup>22</sup> Ferrajoli, Luigi (1997), p. 139.

<sup>23</sup> Tomo las citas de Miranda Estampres, M. (1997), p. 112.

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 del 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 del 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.

## VI. CRÍTICA A LA ÍNTIMA CONVICCIÓN

Hay varias maneras de enfrentarse a esta doctrina. Una primera línea de crítica tiene que ver con objeciones de tipo ideológico, que traten de mostrar las consecuencias negativas que tiene para las garantías en el proceso y el alto grado de arbitrariedad que permite. La otra vía recurre a objeciones basadas en lo que podríamos llamar racionalidad epistemológica, es decir, se trata desde esta perspectiva de cuestionar que la teoría del conocimiento que hay detrás de la doctrina de la

“íntima convicción” (entendida de manera extrema) sea una teoría adecuada. Daré por supuesta mi posición respecto a la crítica ideológica y me centraré en la segunda línea de ataque.

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

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

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

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

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

3) La racionalidad epistemológica aplicable al conocimiento judicial de los hechos es de un tipo peculiar. Por tanto, el razonamiento que ha de hacer el juez es distinto del razonamiento que realizan el resto de sujetos que se ocupan del conocimiento de la realidad, esto es, de los científicos, detectives, historiadores, etcétera, 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 han 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.<sup>24</sup> 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).

#### VII. CRITERIOS DE SOLIDEZ DE LA INFERENCIA PROBATORIA

La doctrina procesalista y la jurisprudencia han superado ya la interpretación de la libre valoración de la prueba como "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".<sup>25</sup> 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 ofrecidas por algunos lógicos y filósofos de la ciencia para

<sup>24</sup> Gascón, Marina (1999), capítulo III.

<sup>25</sup> Para una explicación de esta nueva postura y su introducción y evolución en la doctrina y jurisprudencia en España, véase, por ejemplo, Miranda Estampres, M. (1997), pp. 150 y ss. y Asencio Mellado, José María (1989) pp. 35 y ss.

justificar las inducciones científicas<sup>26</sup> (me guiaré, fundamentalmente, por la *Filosofía de la ciencia natural* de Hempel).<sup>27</sup>

Recordemos que en el esquema que hemos visto de la inferencia probatoria distinguíamos entre los hechos probatorios (las razones de la inferencia), la garantía o conexión (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 o conexión 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.

## 1. *Criterios acerca de los hechos probatorios*

### A. *¿Son fiables los hechos probatorios?*

Uno de los criterios que los filósofos de la ciencia exigen para que una hipótesis se considere funda-

<sup>26</sup> Esto mismo hace Gascón, Marina (1999, pp. 179-187 y 218-223), a quien sigo de cerca en las siguientes páginas.

<sup>27</sup> La mayoría de los criterios señalados por Hempel se refieren a la confirmación de hipótesis generales, y no particulares, como es nuestro caso, pero son fácilmente trasladables a la confirmación de hipótesis sobre hechos individuales.

mentada es que los datos a partir de los cuales se infiere dicha hipótesis sean fiables y precisos. Resulta obvia 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 los 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 los oyó discutir sólo prueba directamente que el testigo dijo que los oyó discutir. Lo mismo ocurre si el medio de prueba es un documento: habrá que in-

ferir que el contenido del documento es cierto.<sup>28</sup> 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 se encadenan 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.

### B. *¿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

<sup>28</sup> Por ello, como se verá más adelante, no tiene sentido acentuar la distinción entre prueba directa y prueba indirecta. En sentido estricto, la única prueba directa es la observación inmediata por el juez.

cuenta una hipótesis,<sup>29</sup> pero han puesto asimismo de manifiesto que este apoyo necesita ser reforzado con la variedad de los datos recogidos.

### C. *¿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.<sup>30</sup>

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.<sup>31</sup> 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

<sup>29</sup> Hempel (1973), p. 58.

<sup>30</sup> *Idem.*

<sup>31</sup> Cohen, Jonathan L. (1998), capítulo V.

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.<sup>32</sup>

#### D. *¿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 hipóte-

<sup>32</sup> Véase Jonathan L. Cohen (1998).

sis, 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, etcétera.<sup>33</sup> Esta intervención del derecho puede tener una justificación epistemológica (como en los ejemplos citados) o de otro tipo (como cuando se le niega valor probatorio a la confesión).

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

## *2. Criterios acerca de la garantía o conexión*

### *A. ¿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 constitui-

<sup>33</sup> Son ejemplos de Fassone que tomo de Gascón, Marina (1999), p. 131.

da 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.<sup>34</sup>

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 expe-

<sup>34</sup> Gascón, Marina (1999), p. 180. En realidad, lo que debe exigirse no es sólo que la máxima de experiencia utilizada esté bien fundada, sino también que no haya máximas de experiencia mejor fundadas que desautoricen el paso de los hechos probatorios a la hipótesis.

riencia o garantía).<sup>35</sup> 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*.<sup>36</sup> 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.

### B. *¿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 fenó-

<sup>35</sup> En realidad, toda inducción ampliativa se basa en última instancia en una regla autorreferente que afirma que puesto que en el pasado muchas inducciones ampliativas han tenido éxito, las inducciones ampliativas son un método fiable de conocimiento. Esta regla constituye el fundamento de la inducción, pero es un fundamento problemático que genera circularidad, porque ella misma es una máxima de experiencia resultado de una inducción. Véase Black, Max (1984), p. 51; así como Black, Max (1975) y Achinstein, Peter (1975).

<sup>36</sup> Sobre las hipótesis *ad hoc* en la ciencia puede verse Hempel (1973), p. 51.

meno 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.

### 3. *Criterios acerca de la hipótesis*

#### A. *¿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.<sup>37</sup> Una hipótesis es *refutada directamente* cuando su verdad resulta incompatible con otra afirmación que se ha dado por probada. Si las afirmaciones versan sobre hechos cuya coexistencia es poco probable, entonces la hipótesis pierde credibilidad. Una hipótesis es *refutada indirectamente* cuando implica una afirmación que se demuestra que es falsa (o poco probable).

La refutación es un procedimiento muy usual en las ciencias. Puede explicarse con un ejemplo tomado de Hempel. Un físico de origen húngaro, Semmelweis, que trabajó como médico en el Hospital General de Viena hacia mediados del siglo XIX, trató de encontrar una explicación al elevado número de muertes por fiebre pauperal entre las mujeres que daban a luz en la División Primera de

<sup>37</sup> Gascón, Marina (1999), p. 184.

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.

*B. ¿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 esta 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.

C. *¿Se han eliminado todas las hipótesis alternativas?*

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

D. *¿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<sup>38</sup> (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).

<sup>38</sup> MacCormick, Neil (1984), pp. 37-53.

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.

#### E. *¿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.

### VIII. CONCLUSIONES

A partir de las anteriores consideraciones pueden extraerse algunas conclusiones importantes para la argumentación en materia de hechos y la teoría de la prueba judicial.

#### 1. *Prueba y verdad*

La certeza que se obtiene por medio de la inferencia probatoria nunca es una certeza lógica. Siempre hay un margen, mayor o menor, para el error. Esta es una de las razones por las que se ha dicho que la finalidad de la prueba no es descubrir

la verdad de los enunciados que han de probarse, porque la verdad es un ideal inalcanzable. Basándose en esta afirmación, suele distinguirse entre verdad formal y verdad material. La primera es el resultado de la actividad probatoria, pero no la segunda. Esta tesis es peligrosa y equivocada; es peligrosa porque abre la puerta a dar por justificadas decisiones sin que se hagan esfuerzos por comprobar si realmente ocurrieron o no los hechos que configuran el caso. Sin embargo, como señala Taruffo, una decisión no puede ser justa si se basa en una premisa errónea, falsa. Es equivocada porque si tomamos en serio el argumento de que, como en el proceso no podemos alcanzar la verdad absoluta entonces la verdad material no debe perseguirse en el proceso, también deberíamos abandonar la búsqueda de la verdad en la ciencia, la historia, o cualquier ámbito donde se investiguen hechos. La verdad absoluta no sólo es inalcanzable para los jueces, sino para todos. Pero eso no nos autoriza a abandonar los esfuerzos para que nuestro conocimiento de la realidad se aproxime lo máximo posible a la verdad. Como señala Jordi Ferrer, la prueba (judicial y científica) no tiene una conexión conceptual con la verdad, pero sí teleológica. Esto es, dar por probado un hecho no significa afirmar que es verdadero, sino que a la luz de la información de que disponemos, puede afirmarse razonablemente que lo es. La aproximación a la verdad sigue siendo el objetivo de la prueba.

## *2. Inmediación y control racional*

El razonamiento probatorio comienza con una inferencia especialmente relevante, que consiste

en la determinación de la fiabilidad que se le concede a las pruebas practicadas: la credibilidad de los testigos, la veracidad de los documentos, etcétera. Es decir, se trata de establecer si se puede pasar de "Ticio dice que vio a Cayo" a "Ticio efectivamente vio a Cayo". Establecer la fiabilidad de los datos a partir de los cuales se inicia toda la cadena de razonamientos debe hacerse cuidadosamente, para evitar que el razonamiento esté viciado de origen. Sin embargo, suele decirse que la valoración de esta fiabilidad depende de la intermediación del juez. Se dice que es especialmente relevante que el juez asista a la práctica de la prueba porque de esta manera obtiene impresiones que son difícilmente comunicables, pero que le ayudan a valorar la prueba. Además, se dice que esta valoración es personal, subjetiva, y, por tanto, no puede motivarse o justificarse (y, por tanto, escapa del control de los tribunales superiores). Respecto de la intermediación, creo que es cierto que hay determinada información importante para valorar la prueba que sólo puede obtenerse estando presente en el momento de la práctica de la misma prueba; sin embargo, si estas impresiones no son susceptibles de ser expresadas y justificadas, no deberían usarse en el proceso. Dicho de otra manera: puede usarse toda la información que se obtiene de la intermediación o presencia en el momento de practicar las pruebas: si los testigos estaban más o menos nerviosos, si titubeaban, etcétera. Pero sólo en el caso de que cualquier sujeto que hubiera estado presente hubiera obtenido la misma impresión, de forma que se evite dar entrada a intuiciones sin fundamento y prejuicios; y,

por supuesto, debe fundamentarse el porqué (o las causas) de esa impresión.<sup>39</sup>

### 3. *Decidir y justificar*

Los criterios de solidez de la inferencia probatoria tienen una doble utilidad: una vez tomada la decisión, sirven para justificarla de cara a terceros; pero antes de tomada la decisión, sirven también como una guía en el razonamiento dirigido a averiguar la verdad. El juez debe examinar cada uno de estos requisitos y tratar de comprobar si está presente, antes de adoptar la hipótesis como definitiva. Es decir, estos criterios sirven tanto de validación de la decisión frente a uno mismo como de justificación o motivación frente a terceros.

### 4. *Teoría y prueba judicial*

Una última conclusión importante es la siguiente: dada la complejidad del razonamiento probatorio, un buen juez no sólo debe conocer las normas sobre admisibilidad de las pruebas o sobre el procedimiento probatorio, sino también los métodos de conocimiento de otras ciencias, dado que su labor es muy semejante en lo esencial a la de científicos e historiadores. Además, dado que la inferencia probatoria no sólo toma como reglas de inferencia máximas de experiencia y presunciones, sino también definiciones y teorías (al menos cuando hay que interpretar los hechos probados), es importante que el juez esté al tanto del análisis

<sup>39</sup> Sobre el problema de la intermediación véase Andrés Ibáñez, Perfecto (2003).

de "conceptos fácticos", como los de acción, causalidad, intención, consecuencia no intencional, omisión, etcétera, que, desgraciadamente, salvo algunas excepciones, tampoco han sido objeto de estudio por la teoría del derecho.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- ACHINSTEIN, Peter (1975), "La circularidad de un argumento inductivo autosuficiente", en NID-DITCH, P. H. (comp.), *Filosofía de la ciencia*, México, Fondo de Cultura Económica.
- ALEXY, Robert (1989), *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (1992), "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", *Doxa*, Alicante, núm. 12.
- (2000), "Sentencia penal: formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción", *Revista del Poder Judicial*, Madrid, núm. 57.
- (2003), "Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica)", *Jueces para la Democracia*, Madrid, núm. 46.
- ASENCIO MELLADO, José María (1989), *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, Trivium.
- ATIENZA, Manuel (1991), *Las razones del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- (1997), *Derecho y argumentación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- BLACK, Max (1984), *Inducción y probabilidad*, Madrid, Cátedra.

- (1975), "Argumentos inductivos autosuficientes", en NIDDITCH, P. H. (comp.), *Filosofía de la ciencia*, México, Fondo de Cultura Económica.
- BONORINO, Pablo Raúl (1993), "Sobre la abducción", *Doxa*, Alicante, núm. 14.
- (1999), "Lógica y prueba judicial", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid.
- COHEN, Jonathan L. (1998), *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità*, Milán, Giuffrè.
- COMANDUCCI, Paolo (1992), "La motivazione in fatto", en UBERTIS, G. (ed.), *La cognoscenza del fatto nel proceso penale*, Milán, Giuffrè.
- (1999), *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, trad. de Pablo Larrañaga, México, Fontamara.
- FASSONE, Elvio (1995), "Dalla «certezza» all'«ipotesi preferibile»: Un metodo per la valutazione", ponencia presentada al *In contro di studio sul tema: "La prova penale"*, Frascati, 6-8 de noviembre de 1995.
- FERRAJOLI, Luigi (1997), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohíno, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Barcelona, Trotta.
- FERRER, Jordi (2000), "Está probado que P", ponencia presentada en el Congreso Hispano-Italiano de Teoría del Derecho, Trapani.
- GARCÍA SUÁREZ, Alfonso (1984), *Historia y justificación de la inducción*, nota preliminar a Max Black, *Inducción y probabilidad*, Madrid, Cátedra.
- GASCÓN, Marina (1999), *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons.

- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2000), "Los hechos bajo sospecha (sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial)", *Analisi e diritto*, Génova.
- (2001), *Las paradojas de la acción (acción humana, filosofía y derecho)*, Alicante, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante.
- HEMPEL, Carl G. (1973), *Filosofía de la ciencia natural*, trad. de Alfredo Deaño, Madrid, Alianza Universidad.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (1995), *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MACCORMICK, Neil (1984), "Coherence in Legal Justification", *Weinberger-Festschrift*.
- MAZZARESE, Tecla (1996), *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Turín, G. Giappichelli editore.
- (1995), "Scoperta vs. giustificazione. Una distinzione dubbia in tema di decisioni giudiziali", *Analisi e Diritto*, 1995,
- MENDONCA, Daniel (1997), *Interpretación y aplicación del derecho*, Almería, Universidad de Almería.
- MIRANDA ESTAMPRES, M. (1997), *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, Bosch.
- PIZZI, Claudio (1992), "Oggettività e relativismo nella ricostruzione del fatto: riflessioni logico-filosofiche", en UBERTIS, Giulio (ed.), *La conoscenza del fatto nel proceso penale*, Milán, Giuffrè.
- TARUFFO, Michele (1992), *La prova dei fatti giuridici*, Milán, Giuffrè.

- TOULMIN, Stephen *et al.* (1984), *An Introduction to Reasoning*, Nueva York, MacMillan.
- UBERTIS, G. (1979), *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milán, Giuffrè, 1979.
- VARGA, Csaba (1995), *Theory of the Judicial Process*, Budapest, Akadémiai Kiadó.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy (1989), "*Sentido*" y "*hecho*" en *el derecho*, San Sebastián, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco.