



# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
I. EL CONOCIMIENTO DE LOS HECHOS.....	7
1) Del conocimiento mágico al conocimiento racional.....	8
2) El conocimiento racional de los hechos.....	13
a) Vicisitudes del empirismo en la epistemología moderna.....	13
1.º La confianza en la racionalidad empírica y sus dificultades	13
2.º Hacia una nueva concepción de la racionalidad empírica. La superación del problema de la inducción y la influencia de la epistemología pospositivista.....	20
b) El conocimiento de los hechos en la ciencia jurídica de los últimos siglos.....	27
1.º El modelo de la Ilustración .....	27
2.º La Ciencia y la praxis procesal postilustrada.....	33
c) Por una epistemología moderadamente realista .....	42
II. UN MODELO DE CONOCIMIENTO JUDICIAL DE HECHOS.....	47
3) El modelo cognoscitivista de fijación judicial de los hechos.....	47
a) Caracterización general del modelo .....	47
b) Las teorías coherentistas y pragmatistas de la verdad .....	53
c) El “cognoscitívismo” y la concepción semántica de la verdad .....	64
4) <i>Quaestio facti</i> : hechos externos, hechos psicológicos y juicios de valor en la formación de la premisa menor del razonamiento judicial .....	73
5) La prueba de los hechos. Terminología sobre la prueba.....	83
6) La naturaleza del conocimiento judicial de hechos .....	97
a) El problema en la “prueba deductiva” .....	98

	Pág.
b) El problema en la “prueba indirecta”: la naturaleza inductiva del conocimiento .....	101
7) El conocimiento inductivo judicial y sus diferencias con otros tipos de conocimiento inductivo.....	115
a) El conocimiento judicial de hechos como discurso “ideográfico” .....	116
b) El conocimiento judicial de hechos como discurso “institucionalizado” .....	118
III. LA INSTITUCIONALIZACIÓN JURÍDICA DEL CONOCIMIENTO DE HECHOS .....	125
8) Medidas institucionales que condicionan la averiguación de la verdad .....	125
a) Planteamiento. Las reglas de limitación temporal y las formas de justicia negociada .....	125
b) Las limitaciones probatorias.....	128
c) El secreto procesal.....	134
9) El papel de las presunciones .....	137
a) Presunciones <i>iuris tantum</i> .....	138
b) Presunciones <i>iuris et de iure</i> . Diferencia con las “ficciones legales” .....	146
c) Presunciones <i>hominis</i> .....	151
10) La valoración de la prueba .....	157
a) La libre convicción como principio metodológico (negativo) y los criterios (positivos) de valoración.....	157
b) Los modelos probabilísticos de valoración .....	161
1.º El modelo matemático-estadístico.....	162
2.º Los modelos inductivos.....	173
IV. LA MOTIVACIÓN DE LOS HECHOS .....	189
11) El sentido de la motivación de las decisiones jurídicas .....	189
12) De la resistencia a la necesidad de motivar los hechos .....	194
a) Sentido de la motivación de los hechos.....	194
b) Funciones de la motivación de los hechos .....	200
c) La exigencia de motivación se extiende a todas las pruebas.....	202
13) El contenido de la motivación de los hechos.....	206
a) Motivación-actividad y motivación-documento. Las relaciones entre la justificación y el descubrimiento.....	206
b) La motivación de la premisa fáctica es conceptualmente distinta de la motivación de la premisa normativa .....	213
c) La motivación de las constataciones, de las conclusiones y de las hipótesis .....	218
d) Estructura de la sentencia y estilo de la motivación .....	223

## I. EL CONOCIMIENTO DE LOS HECHOS

**SUMARIO:** 1) DEL CONOCIMIENTO MÁGICO AL CONOCIMIENTO RACIONAL.—2) EL CONOCIMIENTO RACIONAL DE LOS HECHOS.—*a)* Vicisitudes del empirismo en la epistemología moderna.—1.º La confianza en la racionalidad empírica y sus dificultades.—2.º Hacia una nueva concepción de la racionalidad empírica. La superación del problema de la inducción y la influencia de la epistemología pospositivista.—*b)* El conocimiento de los hechos en la ciencia jurídica de los últimos siglos.—1.º El modelo de la Ilustración.—2.º La Ciencia y la praxis procesal postilustrada.—*c)* Por una epistemología moderadamente realista.

El conocimiento de hechos que se opera en sede judicial se ha considerado muchas veces cuestión incontrovertible. «Los hechos son los hechos y no necesitan ser argumentados» podría ser el lema de esta tradición. En el fondo de la misma late una gran confianza en la razón empírica que hace innecesaria cualquier justificación en materia de hechos: los hechos son evidentes, y lo que es evidente no necesita justificación; *incluso si* tal evidencia se ha obtenido “indirectamente”, mediante una metodología inductiva.

La afirmación anterior, sin embargo, ha de ser matizada, pues ni la idea de que los hechos efectivamente acaecidos constituyen la condición inexcusable para la aplicación del Derecho, ni la seguridad en el conocimiento empírico han estado presentes en todos los modelos judiciales. Durante un tiempo, la tarea de lo que hoy llamaríamos construcción de la premisa menor del “razonamiento” jurídico se apoyó en ritos y procedimientos mágicos o cuasi-litúrgicos en los que estaba ausente cualquier apelación a la razón, incluida la razón empírica; de manera que atender a los hechos como paso previo a la decisión judicial y confiar a la observación la determinación de los mismos representó

un gran paso adelante en la historia de la racionalidad. Pero ha sido un paso no exento de dificultades. Aunque en la ideología judicial se haya operado tradicionalmente “como si” el juicio de experiencia no necesitara de mayores justificaciones, lo cierto es que la historia del empirismo es la crónica de los intentos y fracasos por encontrar un lugar para el conocimiento empírico en el ámbito de la racionalidad.

Muchas veces, en efecto, el conocimiento racional se ha identificado con la obtención de certeza absoluta, y esta asimilación ha supuesto una seria dificultad para que el conocimiento empírico —incapaz de garantizar esa calidad de certeza— pudiera revestirse de una aureola de racionalidad. El insistentemente planteado y siempre irresuelto “viejo problema de la inducción” es la expresión de la incapacidad de las epistemologías empiristas para desprenderse del objetivo racionalista de alcanzar conocimientos seguros e incontrovertibles. Ha sido en los dos últimos siglos cuando el imparable avance de las ciencias ha conducido a un replanteamiento de la idea misma de conocimiento inductivo, y con ello a una rehabilitación de la racionalidad empírica que constituyó la base de aquel éxito científico. En concreto, para las nuevas epistemologías empiristas, el objetivo del conocimiento inductivo no es ya la búsqueda de certezas absolutas, sino tan sólo de “supuestos” o hipótesis válidas, es decir, apoyadas por hechos que las hacen “probables”. En esto radica su “miseria”, pero también su “grandeza”: se ha restaurado la confianza en una racionalidad empírica que, renunciando al objetivo inalcanzable de la certeza absoluta, recupera, a través del concepto de “probabilidad”, un elemento de objetividad.

La recuperación de la racionalidad empírica a través del concepto de probabilidad no carece de consecuencias para la fijación judicial de los hechos. Por un lado, la declaración de hechos probados ya no puede ser concebida como un momento místico y/o insusceptible de control racional, como ha sido (y aún es) frecuente en ciertas ideologías del proceso. Por otro, si el conocimiento inductivo de los hechos no produce resultados infalibles, han de introducirse todas las garantías posibles (garantías epistemológicas) para lograr una mayor fiabilidad en la declaración de los mismos y, en su caso, facilitar su eventual revisión. Todo lo cual desemboca, frente a lo que había sido la tradición, en una exigencia de motivación.

## 1) DEL CONOCIMIENTO MÁGICO AL CONOCIMIENTO RACIONAL

Se ha dicho que los juristas siempre han pretendido extender el paradigma epistemológico dominante al conocimiento del Derecho, cuando no al Derecho mismo<sup>1</sup>. No es sorprendente, por ello, que en

<sup>1</sup> Vid. L. PRIETO, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 19.

las etapas más primitivas, dominadas por lo mágico o sobrenatural, el Derecho se considerase un trasunto de fuerzas ocultas, el fruto de resortes misteriosos o la exteriorización de una voluntad divina no accesible por completo a la razón humana y en cualquier caso indiscutible. Y esto, que puede predicarse de las reglas jurídicas y de las fuentes del Derecho, vale también para la tarea de fijación judicial de los hechos, que a veces se ha mostrado más como una experiencia mística de búsqueda de la verdad o, simplemente, de búsqueda de una decisión aleatoria o de un dictamen sobrenatural, que como un método con apariencias de racionalidad. Éste es el caso de la ordalía que, entendida en sentido amplio (duelo judicial, ordalía, juicio de Dios) «designa cualquier experimento gnoseológico-místico donde se halla postulado un orden oculto del mundo diagnosticable mediante distintas vías, desde técnicas adivinatorias a una *pugna inter duos ad probationem veritatis*»<sup>2</sup>: caminar sobre brasas incandescentes sin sufrir lesión, recoger una piedra o anillo sumergido en agua hirviendo, encerrar al acusado y al acusador con una fiera y dar la razón al que resulta indemne, etcétera<sup>3</sup>.

La verdad es que sólo con un cierto abuso del lenguaje cabe decir que la ordalía fuese un procedimiento enderezado al conocimiento de unos hechos previamente tipificados como condición inexcusable de la pena. Más bien cabe pensar que en ese contexto lo que falta es la idea de “hecho”, de conducta externa y voluntaria como requisito para la imposición del castigo. La confusión entre delito y pecado y entre pena y penitencia, la idea de que la “desviación” es más un asunto subjetivo o de carácter que de acciones o comportamientos y la propia reminiscencia del sacrificio individual como purga de la culpa colectiva explican que los “hechos” se conciban sólo como un síntoma de que el sujeto es acreedor al castigo, y no como la única y exclusiva razón del mismo.

Sea como fuere, la existencia de estas pruebas irracionales en casi todos los pueblos primitivos, su pervivencia durante la Alta Edad Media e incluso en épocas posteriores, además de poner de relieve el peso de lo sobrenatural en las fases iniciales del Derecho y la consiguiente asociación entre juicio y rito, acredita también que la comprensión de la actividad judicial en términos de operación racional o, cuando menos, racionalizable, constituye una cualidad asociada a determinada ideología o cultura jurídica, y no un rasgo conceptual o definitorio

<sup>2</sup> F. CORDERO, *Riti e sapienza del Diritto*, Bari, Laterza, 1981, p. 468.

<sup>3</sup> G. FILANGIERI, en su *Ciencia de la Legislación (1780-85)*, trad. de J. Ribera, Madrid, Villalpando, 1821, ofrece un amplio catálogo de estas prácticas “bárbaras y feroces”, Libro III, cap. XI, pp. 113 ss. (vol. 3). Asimismo VOLTAIRE en la voz “Pruebas” de su *Diccionario Filosófico*, ed. de A. MARTÍNEZ ARANCÓN, Madrid, Temas de Hoy, 1995, vol. II, p. 483; F. PATETTA, *Le ordalie*, Torino, Bocca, 1890; H. LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire. Etude de sociologie juridique*, Paris, M. Rivière, 1964; y también varios de los trabajos recogidos en *La preuve*, Recueils J. Bodin, XVII, Bruxelles, Librairie Encyclopédique, 1965.

de aquélla. Que la culpabilidad o la inocencia dependan del vencimiento en duelo o del éxito de un experimento natural, que en puridad demuestran la fuerza, la destreza o la suerte del reo pero nada a propósito de los hechos imputados, supone, en suma, romper el nexo entre ilícito y pena y hacer del proceso un medio que *constituye* (y no que intenta averiguar) la verdad <sup>4</sup>.

En opinión de FERRAJOLI, el modelo de prueba legal o tasada, con la limitación de los medios probatorios y la atribución a cada uno de ellos de un peso o valor propio, y en conjunto todo el procedimiento inquisitivo, no sería sino una prolongación lógica y coherente de la prueba irracional o de ordalía <sup>5</sup>, y así lo entendieron también los ilustrados, como BECCARIA o FILANGIERI <sup>6</sup>. Tal vez no sea ésta la primera impresión que se obtiene, pues, de un lado, parece que los medios probatorios inquisitivos, como la declaración de testigos o la confesión, no apelaban a fuerzas ocultas y misteriosas, sino a formas de conocimiento directamente enlazadas con los hechos; y de otro, la atribución legal a cada medio de prueba de un valor probatorio específico pretende tener un fundamento empírico <sup>7</sup>. Lo cierto es, sin embargo, que tanto la prueba de ordalía como la prueba legal constituyen supuestos de “prueba formal”, pues en ambos casos se excluye «la investigación y la libre valoración del juez, sustituyéndolas por un juicio infalible y superior». Que dicho juicio sea «divino en el primer caso y legal en el segundo» no oscurece la comentada continuidad entre ambos tipos de prueba <sup>8</sup>; pone sólo de manifiesto la absoluta irracionalidad de la primera, por basarse en una tesis mágica o sobrenatural o reli-

<sup>4</sup> Como dice MONTESQUIEU, «nos asombrará comprobar que nuestros padres hicieran depender así el honor, la fortuna y la vida de los ciudadanos, de cosas que tenían menos relación con la razón que con el azar, y que se valieran continuamente de pruebas que no probaban nada y que no tenían conexión ni con la inocencia ni con el delito», *Del espíritu de las leyes* (1748), trad. M. Blázquez y P. de Vega, Madrid, Tecnos, 1985, Libro XXVIII, cap. XVII, p. 359.

<sup>5</sup> L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), con prólogo de N. BOBBIO, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Madrid, Trotta, 1995, pp. 135 ss. Análogamente, C. FURNO presenta el primitivo proceso germánico, basado en los “juicios de Dios”, como ejemplo puro de “prueba legal”, *Teoría de la prueba legal*, trad. de S. González Collado, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1954, pp. 144 ss.

<sup>6</sup> «(La tortura) este infame crisol de la verdad es un monumento todavía subsistente de la antigua y salvaje legislación, cuando eran llamadas *juicios de Dios* las pruebas de fuego y del agua hirviente y la incierta suerte de las armas... La única diferencia que hay entre la tortura y las pruebas del fuego y del agua hirviente es que el resultado de la primera parece depender de la voluntad del reo y el de las segundas de un hecho puramente físico y extrínseco, pero esta diferencia es sólo aparente y no real», C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (1764), F. Tomás y Valiente ed., Madrid, Aguilar, 1974, p. 97. Por su parte, G. FILANGIERI dirá que «si se considera el tormento como criterio de verdad, se hallará tan falaz y absurdo como lo eran los juicios de Dios», *Ciencia de la Legislación*, cit., Libro III, cap. XI, pp. 137 ss.

<sup>7</sup> Por eso, tras preguntarse si la tortura significó algo más racional que la ordalía, F. TOMÁS Y VALIENTE responde que «parece más cercana a la verdad material la autocondena, esto es, la confesión de culpa, que la condena en virtud de ritos mágicos», *La tortura en España*, Barcelona, Ariel, 1973, p. 214.

<sup>8</sup> L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 136.

giosa, y la mayor racionalidad de la segunda, por basarse en leyes de la naturaleza o en máximas de experiencia<sup>9</sup>. En suma, la prueba legal del procedimiento inquisitivo es también, como la de ordalía, un tipo de prueba formal, si bien, frente a la magia precedente, el proceso inquisitivo quiere presentarse como racional.

Naturalmente no estamos defendiendo con ello la eficacia ni mucho menos la humanidad del Derecho procesal del Antiguo Régimen. Basta pensar en el sistema de delación, en el secreto, en la figura plenamente “parcial” del juez inquisidor y, sobre todo, en que, siendo la confesión del reo la reina de las pruebas, el tormento judicial se convirtió en la pieza clave para la averiguación de la verdad, o, mejor dicho, de la culpabilidad, que era el fin al que se enderezaba la inquisitoria<sup>10</sup>; sin olvidar que la existencia de pruebas semiplenas (por ejemplo, la declaración de un solo testigo) condujo a la ridícula construcción de un estado intermedio entre la culpabilidad y la inocencia que se hacía acreedor a una rebaja en la pena legal<sup>11</sup>. Pero, con independencia de todo esto, el sistema en cuestión, rígido y formalista, aparentaba ciertas dosis de racionalidad o, si se quiere, de sometimiento a reglas en la tarea de comprobación de los hechos<sup>12</sup>.

En realidad, como observa FERRAJOLI<sup>13</sup>, esa apariencia deriva del carácter enmascaradamente deductivo, y, por tanto, seguro, que presenta la fijación de los hechos en todo sistema de prueba tasada, pues si se acepta que el éxito de determinados medios de prueba garantiza la verdad de su contenido probatorio, la declaración de inocencia o culpabilidad se presentará como una consecuencia lógica de las premisas. De manera que si 1) el reo ha reconocido su responsabilidad, y 2) siempre que el reo reconoce su responsabilidad, ésta debe considerarse cierta, 3) entonces el reo es culpable. O también: 1) la confesión es prueba incontrovertible de culpabilidad; 2) el reo ha confesado; 3) luego el reo es culpable. Con razón afirma ANDRÉS IBÁÑEZ que este procedimiento no pretendía llegar a una verdad *probable*, sino

<sup>9</sup> Similar interpretación de la prueba legal como un tipo de prueba formal más racional que la de ordalía puede verse en C. VARELA, *Valoración de la prueba*, Buenos Aires, Astrea, 1990, p. 95. Igualmente, C. FURNO, *Teoría de la prueba legal*, cit., pp. 146-147.

<sup>10</sup> Con razón Beccaria lo calificaba de “proceso ofensivo”, *De los delitos y de las penas*, cit., p. 179.

<sup>11</sup> En general, sobre el proceso inquisitivo *vid.* F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta*, Madrid, Tecnos, 1969, pp. 153 ss., así como la bibliografía allí citada; también el más reciente trabajo de M. P. ALONSO, *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982. Sobre el Tribunal de la Inquisición *vid.* *Perfiles jurídicos de la Inquisición española*, J. A. ESCUDERO (ed.), Madrid, Universidad Complutense, 1989.

<sup>12</sup> Como observa C. FURNO, el proceso alcanzó un formalismo rígido y obtuso, desarrollándose bajo la atenta mirada de un juez sin ciencia y sin conciencia, pero bajo la apariencia de que “la forma protege, defiende, tutela”, *Teoría de la prueba legal*, cit., p. 147.

<sup>13</sup> L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., pp. 133 ss.

*real*<sup>14</sup>; aunque también cabría decir que aquí lo importante no eran tanto los hechos en sí, cuanto la consumación de un ritual probatorio formal y simbólico que se consideraba equivalente a la demostración efectiva de aquéllos. Desde esta perspectiva sí cabe incluir el modelo de prueba legal y tasada propio del sistema inquisitivo en el capítulo de la irracionalidad jurídica.

La racionalidad jurídica es, como sugiere TARELLO<sup>15</sup>, una consecuencia del proceso de secularización que postula la separación entre las ideas de delito y de pecado, de pena y de penitencia, y seguramente no alcanzaría su plena madurez hasta la segunda mitad del siglo XVIII. Precisamente un preilustrado como Christian THOMASIVS, con su crítica a la punición de la herejía y de la magia<sup>16</sup>, ofrecería una de las primeras aportaciones a esa racionalidad que definitivamente desplaza los vicios morales o de carácter en favor de los hechos externos como base de cualquier reproche jurídico: la herejía no debe castigarse, entre otras cosas, porque puede ser un error intelectual, pero en ningún caso un hecho, y *cogitationis poenam nemo patitur*<sup>17</sup>; de ahí que el solo pensamiento no forme parte de la esfera de lo *justum*, cuyos dominios se extienden a lo externo y coactivo<sup>18</sup>. Sólo a partir de esa visión secularizada los “hechos” podían dejar de ser un mero *indicio* de una culpabilidad basada en realidad en el vicio o en el pecado —en suma, en la corrupción de la naturaleza nacida de la caída original— para convertirse en su único *fundamento*, pues antes de decidir cómo se conocen los hechos es preciso aceptar, cuando menos, que los hechos representan el único motivo de la decisión jurídica. Más adelante nos ocuparemos de la aportación ilustrada; de momento baste señalar que esa mirada hacia los hechos, y, por tanto, hacia el juicio empírico como motivo exclusivo de la aplicación del Derecho, constituye un paso decisivo en la historia de la racionalidad jurídica.

<sup>14</sup> P. ANDRÉS IBÁÑEZ, «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», *Doxa*, 12, 1992, p. 277.

<sup>15</sup> G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I: *Assolutismo e Codificazione del Diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 383 ss.

<sup>16</sup> Un tema sobre el que luego insistirían todos los ilustrados del siglo XVIII. En particular, escribe MONTESQUIEU, mostrando su desconfianza hacia todo proceso judicial que no se enderece a la constatación de hechos o conductas externas y precisas, «la acusación de ambos delitos (magia y herejía) puede lesionar la libertad y dar origen a una infinidad de tiranías, si el legislador no sabe restringirla, pues como no recae directamente sobre las acciones de un ciudadano, sino más bien sobre la idea que se tiene de su carácter, es tanto más peligrosa cuanto mayor sea la ignorancia del pueblo», *Del espíritu de las leyes*, cit., Libro XII, cap. V, p. 131.

<sup>17</sup> Ch. THOMASIVS, *Problema Juridicum: An Haeresis sit Crimen* (1697). Vid. M. CATTANEO, *Delitto o pena nel pensiero di Christian Thomasius*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 114 ss.; y J. BETEGÓN, «Los precedentes intelectuales de la humanización del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII», en *Historia de los derechos fundamentales*, G. Peces-Barba y E. Fernández (dirs.), Madrid, Dyckinson, 1998, vol. I, pp. 483 ss.

<sup>18</sup> Vid. Ch. THOMASIVS, *Fundamentos de Derecho natural y de gentes* (1705), trad. de S. Rus Rufino y A. Sánchez Manzano, con estudio preliminar de J. J. Gil Cremades, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 171 ss.