

Dialogando sobre lo fáctico en el Derecho. A propósito del modelo cognoscitivista en la prueba ¹

Por MARIO RUIZ SANZ

Universitat Rovira i Virgili de Tarragona

Ex facto oritur ius («el derecho nace del hecho»)², ya pensaban los romanos en la Antigüedad Clásica³. No obstante, el positivismo jurídico prácticamente anuló a la «hermana menor» del silogismo judicial, y la relegó a un mero aserto de hechos, que al presuponerse sucedidos, no necesitaban de ulterior demostración ni justificación. La «hermana mayor» imponía así su voluntad autoritaria. Exegetas, formalistas, hermenéuticos, entre otras especies jurídicas, trataron de

¹ Este trabajo es deudor en exclusiva del libro de la profesora MARINA GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999, 230 pp. Por ello, me gustaría advertir que las citas contenidas en el texto principal hacen todas ellas referencia a este libro, señaladas las páginas oportunas tras cada párrafo. En cambio, se harán otras precisiones y remisiones en las notas a pie de página. Agradezco a la profesora Marina Gascón su gentileza al acceder a comentar algunas de mis dudas, a buen seguro fruto de mi desconocimiento –y, como casi siempre, consiguiente atrevimiento– al opinar sobre algunas de las complejas cuestiones que afronta en su excelente estudio de los hechos en el proceso judicial.

² Así aparece en BARTOLO; *Commentaria ad Codicem* 3,9,1 núm. 4, vol. 7, char. 112; y también en DECIO, *Consilium* 584 núm. 1. Cfr. DOMINGO, R., y RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, B., *Reglas jurídicas y aforismos*, Pamplona, Aranzadi, 2000, pág. 615.

³ Bastantes brocardos latinos hacen mención a la relación entre hechos y derecho, como por ejemplo el siguiente: *Da mihi factum, dabo tibi ius* («dame el hecho y te daré el derecho»); o este otro: *Minima facti varietas, reformat ius* («una variación mínima de hecho modifica el derecho»). Vid. MANS PUIGARNAU, J. M., *Los Principios Generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1947, pág. 137.

vincular la solución correcta a la perfecta adecuación de los hechos con la norma, que así se convirtió en el eje central de la explicación y discusión sobre el Derecho. No faltan ríos de tinta que se refieren a las diversas tipologías, estructuras y funciones de normas jurídicas, que sólo tienen en cuenta el componente prescriptivo e institucionalizado de tales enunciados lingüísticos.

1. Frente a ello, la profesora Marina Gascón pretende emancipar a esa «hermana menor», y nos propone una vuelta al entusiasmo ilustrado hacia el componente fáctico del Derecho. La «revisitación» dieciochesca del primer capítulo, sin desperdicio por la abundancia y precisión de referencias bibliográficas, sirve de base a la explicación sobre la evolución histórica de la prueba judicial. Es más, y para ello, se retrotrae al origen mágico y simbólico de los procesos medievales, en los que la voluntad divina o el mero arbitrio de los designios cosmológicos, eran determinantes para resolver los litigios. Tras una concepción demostrativa y tasada de la prueba, la gran aportación iluminista consistió en la aceptación de esquemas valorativos sostenidos en el conocimiento probable de los hechos y la libre convicción judicial.

El conocimiento racional de los hechos, paradójicamente, surgirá como consecuencia de la confianza absoluta en el método empírico, y su comprensión en relación a las dificultades lógicas del razonamiento inductivo. A finales del siglo XVIII y durante el siglo XIX, se produce la inversión del modelo racionalista anterior; más allá de la razón especulativa, se abraza a la razón empírica; de los principios se pasa a los hechos; contra las sustancias, se busca lo fenoménico y causal. Frente a la pretendida certeza deductiva, la incapacidad de alcanzar un conocimiento incontrovertible en el mundo de la experiencia, permite la aceptación de una metodología cuya propuesta básica es la de apoyar la existencia de hechos en la formulación de hipótesis válidas, no tanto desde la seguridad absoluta, sino desde la probabilidad. El elemento de objetividad, pues, lo ofrece la confianza razonable en que «algo pueda haber pasado», más que la equívoca aseveración de que «algo haya pasado» de manera indefectible. En relación a este problema innato e insuperable de la contrastación sobre hechos y acciones humanas, la autora aboga por un «cierto realismo epistemológico», tamizado por el conocimiento inductivo y el concepto de probabilidad más vinculado a teorías de corte gradualista que frecuencial. Por ello, escribe que *«la probabilidad proporciona así fundamento objetivo para el conocimiento empírico que no puede aspirar a la certeza absoluta: no sabemos con total seguridad si el enunciado es verdadero, pero su grado de confirmación suministra una medida de la probabilidad de su verdad»* (pág. 24).

Precisamente, la clave de la explicación sobre el carácter de los hechos en el Derecho, va a depender en buena medida del tipo de epistemología que aceptemos sobre el conocimiento de tales hechos, en concreto, a través de su expresión en proposiciones lingüísticas, así

como de su valor de verdad; sobre todo si se tiene en cuenta que los aspectos factuales aparecen directamente recogidos y aceptados como «verdad procesal» en la premisa menor del razonamiento judicial (*quaestio facti*); que mediante su calificación jurídica son subsumidos en la premisa mayor o normativa (*questio iuris*); y que, por tanto, determinan la conclusión formal o resultado del silogismo judicial.

De ahí la importancia que tiene la indagación y el recorrido por algunas de las teorías del conocimiento más significativas, que intentan explicar el valor de verdad de los hechos. La profesora Marina Gascón no escatima esfuerzos, ni espacio, ni citas, ni una sintética profundidad expositiva, en su tratamiento pormenorizado. Es más, a mi juicio, su trabajo resulta un ejercicio de aguda honestidad intelectual al no prescindir, ni considerar pasajera, la discusión densa, compleja, y en ocasiones hasta equívoca, sobre las diferentes y divergentes respuestas al carácter de las proposiciones lingüísticas factuales. No cabe duda que su posterior toma de posición será perfectamente coherente con los parámetros cognoscitivos que previamente acepta.

En este meritorio esfuerzo sintético de conceptualización, las posiciones epistemológicas sobre la verdad de los enunciados lingüísticos se reducen a tres: a) las teorías semánticas de la verdad como «correspondencia», para las cuales el valor veritativo de un enunciado deriva de su adecuación a un determinado estado de cosas que se presupone objetivo, real e independiente del sujeto cognoscente; b) las teorías sintácticas de la verdad como «coherencia», en las que ese valor veritativo se predica con motivo de su pertenencia a un conjunto compatible de enunciados, esto es, que sean concordantes entre sí; y por último c) las teorías pragmatistas de la verdad, que entienden que un enunciado es verdadero sólo si se puede justificar su aceptación⁴.

El correspondencialismo propugna una adecuación de las proposiciones lingüísticas a la realidad externa; por ello, es un punto de vista externalista que sustenta la existencia de un conocimiento válido e independiente de las creencias o juicios que uno tenga; en su versión fuerte u ontológica, conduce a un «realismo metafísico» que separa de forma absoluta las cuestiones de definición y de justificación de los hechos externos a la mente del individuo. No obstante, hay una versión correspondencialista más moderada, de carácter gnoscológico, que presupone la capacidad humana de conocimiento sobre las cosas, aunque sea de manera imperfecta. Según la autora, esta segunda versión resulta más interesante, puesto que se mantendrá dentro de una epistemología mínimamente realista, esto es, den-

⁴ Sobre ello, y con carácter general, puede verse VV.AA. (L. Olivé, ed.), *Racionalidad epistémica*, Madrid, Trotta, 1995; también VV.AA. (J. A. Nicolás y M. J. Frápolli, eds.), *Teorías de la verdad en el siglo XX*, Madrid, Tecnos, 1997.

tro de un modelo cognoscitivista que ya no concibe verdades absolutas, y cuya meta es la obtención de un conocimiento lo más objetivo posible; para ello, incluso cabría referirse a un conocimiento probable en lugar de verdadero.

Frente a las posiciones correspondencialistas, reaccionan los «internalismos», que entienden las creencias como fruto de las propias capacidades de los sujetos cognoscentes, y no resultado o mero producto que nos viene «dado» del exterior. Entre ellas, destacan algunos coherentismos, no necesariamente sintácticos u holistas, y especialmente las posiciones pragmatistas, de diversa índole, para quienes la verdad es una pretensión de validez que vinculamos a los enunciados al afirmarlos. Una consecuencia –a mi juicio errónea– de estas posiciones pragmatistas es que unifican el problema de la definición de la verdad con su justificación, ya que presuponen que un enunciado se fundamenta a través de un «consenso racional» desde que se produce su «aceptabilidad racional» bajo unas condiciones ideales de habla; de lo que no cabe concluir que es una razón suficiente para que tal enunciado sea verdadero.

Si no estoy equivocado, la posición de la profesora Gascón es aceptar un punto de vista correspondencialista, rebajado desde un realismo epistémico moderado. Así se desprende de las siguientes palabras: *«que sólo podemos hablar acerca del mundo a través de nuestros esquemas conceptuales sólo significa que nuestras representaciones del mundo son siempre parciales e incompletas, no que carezca de sentido suponer que representan algo independiente de ellas mismas. Es decir, implican sólo que hay que rechazar la tesis ingenua de la verdad como exacta correspondencia (o copia) del mundo real y sustituirla por la de la verdad como representación adecuada de la realidad objetiva.»* (pp. 26-27). Coincido con la autora sobre tales precisiones. Ahora bien, hay dos cuestiones que me interesaría dilucidar, puesto que tendrán repercusión sobre la posición (cognoscitivista) que adoptará en relación a los hechos en el proceso judicial: a) en primer lugar, si la versión moderada del correspondencialismo no está más próxima a una perspectiva internalista que externalista; y en caso afirmativo, y como consecuencia de lo anterior, b) si entonces este modelo correspondencial débil es compatible con otros internalismos, especialmente con algunos coherentismos y ciertos pragmatismos.

Esta propuesta respondería adecuadamente a la distinción entre definición y criterios de verdad, dos nociones que no han de confundirse, pero que tampoco son independientes entre sí. Porque desde una perspectiva internalista prudente, que a mi parecer es la más convincente, lo importante es que la verdad de un enunciado o proposición sobre hechos externos, no esté totalmente separada de su justificación, sino que debe de existir una relación interna que permita sostener que cuando se afirma algo, ha de pretenderse, a su vez, justi-

ficar esa afirmación⁵. Confundir definición con justificación de la verdad sería caer en el subjetivismo radical; y al contrario, independizar definición y criterios sobre la verdad conduciría al objetivismo extremo. El internalismo que acepta un realismo moderado, a medio camino entre las posiciones subjetivista y objetivista, parece la solución más equilibrada al problema de la verdad⁶.

Puede que el significado de la verdad sólo tenga sentido si se parte del correspondencialismo semántico, en su loable intento por explicar el origen de los enunciados lingüísticos sobre el mundo exterior⁷; estoy básicamente de acuerdo con las afirmaciones de la autora, cuando se refiere a que «*si se distingue entre definición de verdad y criterios para afirmarla, no existe en principio ninguna incompatibilidad en usar un concepto de verdad como correspondencia y echar mano eventualmente de la coherencia, la aceptabilidad o la simplicidad como criterios de verdad*» (pág. 72). Sobre ello, sólo me gustaría exponer una pequeña duda que, probablemente, sea más bien fruto de mis limitaciones comprensivas. Me cuesta entender que, como dice a continuación: «*si se usa un concepto de verdad como correspondencia, el principal criterio de verdad de los enunciados ha de ser la contrastación empírica...*», porque si tal comentario afecta a enunciados prescriptivos, en los que resulta de fiabilidad hartamente discutible el registro y la comprobación de experiencias inmediatas sobre la realidad, no cabe duda que habrá una gran dificultad para el establecimiento de relaciones lógicas entre enunciados directamente derivados de la percepción sensorial. Algo más se requiere para no caer, de forma inex-

⁵ Una posición conocida en epistemología de la ciencia de este cariz sería, por ejemplo, la de H. Putnam, para quien nuestros esquemas conceptuales pueden dar lugar a proposiciones diferentes sobre unos mismos hechos; no habría así una sola descripción de la realidad, no habría una única concepción del mundo; enunciados diferentes –incluso incompatibles entre sí– podrían describir un mismo estado de cosas. Cfr. PUTNAM, H., *Razón, verdad e historia*, trad. de J. M. Esteban, Madrid, Tecnos, 1988; también en *Las mil caras del realismo*, trad. de M. Vázquez y A. M. Liz, Paidós, Barcelona, 1994.

⁶ Es la posición que sostiene, entre otros, en el ámbito del Derecho, N. Niiniluoto, quien distingue una teoría de la correspondencia para la verdad de las proposiciones normativas acerca del orden jurídico, basada en la concepción tarskiana del correspondencialismo semántico, y una teoría del consenso para la aceptación de las normas dentro de una comunidad jurídica. Cfr. NIINILUOTO, I., «Sobre la verdad de las proposiciones normativas», en VV.AA., (A. Aarnio; E. Garzón Valdés; E. Uusitalo, comps.), *La normatividad del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 219 y ss.

⁷ Habría que precisar que se trata de la versión del correspondencialismo semántico de Tarski, para quien una afirmación como «la nieve es blanca», implica que siempre que se afirme o niegue este mismo enunciado, deba afirmarse o negarse, respectivamente, la proposición correlacionada: «la oración “la nieve es blanca” es verdadera (o falsa)». Cfr. TARSKI, A., «La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica», en VV.AA. (M. Bunge, ed.), *Antología semántica*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1960. Para una crítica a esta posición desde el pragmatismo, puede verse MARMOR, A., *Interpretación y teoría del Derecho*, trad. de M. Mendoza, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 29 y ss.

cusable, en la ingenuidad engañosa del «ver para creer»; o peor, en su inversión perversa, del «creer para ver».

Por ello, me parece que en relación a los criterios sobre la verdad –no así en el caso de su definición, en lo que estoy de acuerdo con el correspondencialismo moderado– debe apelarse necesariamente a algún tipo de coherentismo o de consensualismo, y no sólo con carácter subsidiario, sino más bien auxiliar de la propia definición⁸. Si no fuera así, ¿cómo podría tener legitimidad una decisión razonada dentro de una comunidad dialógica, igual que decir que una decisión queda justificada en cualquier ámbito de racionalidad práctica?; o dicho de otra manera: ¿podrían asumirse pautas, creencias o juicios incoherentes –esto es, con contradicciones internas– o acuerdos no consensuados –en el sentido del respeto a las normas de procedimiento para llegar a alcanzarlos– como criterios de legitimidad política, moral o jurídica? En tal caso, si la respuesta fuese positiva, la realidad externa bastaría que se contemplara a sí misma, o que algún intérprete «iluminado» nos convenciera de ello, acabando por aceptar, ontológicamente, un fundamento metafísico de autoridad indiscutible para cualquier orden normativo. Esto es: tal circularidad nos devolvería, sin compasión, a un subjetivismo externalista radical.

2. El análisis anterior del concepto de verdad, tiene una importante repercusión sobre la epistemología judicial de los hechos. Si la premisa menor del razonamiento jurídico es factual, al menos ha de suponerse que es tan comprobable y contrastable como la premisa mayor o normativa. De ahí deriva la exigencia de que sea argumentada y motivada por el juez. Ahora bien, el problema de partida ya se encuentra en la discutible determinación del carácter racional de esa premisa menor, ya que cabe recurrir necesariamente a la inducción y al conocimiento probable de los hechos. Ante tal limitación, la autora sostiene una solución cognoscitivista y garantista.

La propuesta cognoscitiva supone que, durante el proceso judicial, la fijación de la premisa fáctica exige conocer cuáles han sido los hechos que han dado origen al conflicto jurídico. La formulación de enunciados fácticos verdaderos va a depender de que los hechos que se describen en tales enunciados sean a su vez verdaderos. Por lo tanto, se presupone que tales hechos tienen una existencia independiente de

⁸ Un intento de compatibilizar correspondencia con coherencia se encuentra, por ejemplo, en las tesis del «coherentismo epistémico» de D. Davidson, para quien «un enunciado verdadero es un enunciado fiel a los hechos», o que «los enunciados son verdaderos o falsos en razón de las palabras que se emplean en su construcción, y son las palabras las que tienen conexiones interesantes, detalladas, convencionales con el mundo. Cualquier teoría de la verdad sería entonces ocuparse de estas conexiones, y es precisamente aquí donde la noción de correspondencia puede tener algún predicamento...» Vid. DAVIDSON, D., *De la verdad y de la interpretación. Fundamentales contribuciones a la filosofía del lenguaje*, trad. de G. Filippi, Barcelona, Gedisa, 1995, pp. 57 y 62, respectivamente.

nuestros pensamientos. De ahí su vinculación con el modelo de verdad correspondencial y semántico, cuyo principal criterio de verdad es la contrastación empírica o juicio de experiencia. Algunas veces, esto se puede hacer a través de pruebas directas (por ejemplo, en aquellas que provienen del reconocimiento judicial o de la inspección ocular), pero en la mayor parte de las ocasiones, la propia naturaleza de los medios de prueba impide la presencia del juez en el momento de producción de los hechos. Este conocimiento limitado, mediato o indirecto de la realidad, requiere de la inferencia a partir de otros enunciados probatorios. Desde la imposibilidad de un método deductivo, se acaba por utilizar inferencias inductivas en la comprobación de los hechos. Los diferentes tipos de razonamiento inductivo dan lugar a un conocimiento probable, y no certero. Por ello, la declaración de hechos probados no es infalible, sino fidedigna, en todo caso. Este riesgo de falibilidad conduce a la exigencia de que los enunciados fácticos del proceso judicial hayan de pasar por el tamiz de un conjunto de reglas metodológicas que los aproximen a la verdad.

El problema de la verdad procesal, al menos en relación con el Derecho penal, se plantea en términos de disyuntiva epistemológica entre cognoscitivismo y decisionismo⁹. El cognoscitivismo judicial (*veritas non auctoritas facit iudicium*) proviene de un modelo ilustrado de perfecta correspondencia entre previsiones legales y hechos concretos; mientras que el decisionismo judicial (*auctoritas non veritas facit iudicium*), es consecuencia de una concepción formalista extrema, en la cual el componente normativo subsume los hechos susceptibles de calificación jurídica. Ambos modelos sostienen un tipo de verdad jurídica diferente y disyuntiva. El modelo cognoscitivo aspira a una verdad sustancial y absoluta, carente de límites y confines legales, alcanzable a través de cualquier medio, por encima de las rígidas reglas procedimentales. En cambio, el modelo decisionista parte de la idea de la verdad formal o procedimental, alcanzada mediante reglas precisas. Ambos modelos, en su más pura formulación, son inadecuados, puesto que el primero acaba por convertirse en un ideal imposible e inalcanzable, una utopía iusnaturalista; mientras que el segundo, desde un punto de vista formalista extremo, termina por sustentar un sistema autoritario de arbitrariedad judicial. El proceso judicial, también de acuerdo con Ferrajoli, debe ser una combinación de «saber» y de «poder», de conocimiento (*veritas*) y decisión (*auctoritas*). La verdad procesal tiene elementos tanto de verdad como de autoridad, ya que se convierte en una idea regulativa, en un *desideratum*, que pese a sus límites intrínsecos, quedaría asegurada en última instancia por garantías legales y procesales.

⁹ Sobre ello, la autora sigue de forma bastante aproximada las tesis de FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillas, y R. Cantarero, Madrid, Trotta, 1995, pp. 44 y ss.

La necesidad de establecer garantías epistemológicas para hacer que la declaración de hechos obtenida durante el proceso judicial se aproxime a esa pretendida verdad objetiva, es un compendio de requisitos que la autora resume en una serie de reglas jurídicas procesales, a las que denomina «reglas epistemológicas o garantías de verdad», contenidas en el capítulo segundo del libro, y que son las siguientes: «(i) *En la formulación legal del supuesto de hecho sólo deben admitirse enunciados fácticos empíricamente contrastables, esto es, enunciados en los que quepa comprobar su verdad (en el sentido de correspondencia con la realidad) mediante contrastación empírica (directa o indirectamente) (...) (ii) Para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico es necesario prueba del mismo, sea ésta directa, deductiva o indirecta. (iii) Cualquier elemento que permita aportar información relevante sobre los hechos que se juzgan debe poder usarse. (iv) Se proscribire el esquema de valoración tasada y se impone el de libre valoración, interpretado como un principio metodológico (negativo) que permite al juzgador no dar por probados enunciados fácticos que estime insuficientemente probados. (v) No existen pruebas suficientes. Cualquier prueba relevante es necesaria, y, por tanto, debería ser admitida. (vi) Es necesario ofrecer la posibilidad de refutar las hipótesis (requisito de la contradictoriedad). (vii) Si, a la vista de nuevas pruebas, pudiera revisarse la verdad de un enunciado declarado falso o la falsedad de un enunciado declarado verdadero, debe hacerse.» (pp. 82 y 115, respectivamente).*

Pues bien, debido a que el proceso judicial no sólo está encaminado a encontrar la verdad, sino también a resolver el conflicto jurídico, u otras razones pragmáticas e ideológicas que se puedan entrecruzar con las anteriores, es posible que tales exigencias de racionalidad no sean todas ellas realizables. Incluso el problema se agudiza cuando hay juristas que consideran que lo importante no es saber lo realmente acontecido, sino algo más modesto: dar una resolución «justa» (en el sentido de «ajustada» o proporcionada) del litigio¹⁰; o todavía con mayor carga de complicación, si pueden actuar garantías «contraepistemológicas», como la propia profesora Gascón admite, que dificultan o entorpecen la averiguación de la verdad, que aunque no incidan

¹⁰ Esto parece que ocurre en el proceso civil español, en el que la prueba no está encaminada al descubrimiento de la «verdad», sino a la búsqueda de «certeza»; por varios motivos, entre los que destacan: a) que los hechos no afirmados al menos por una de las partes procesales, no pueden ser objeto de verificación judicial; b) que los hechos afirmados por las dos partes o afirmados por una y admitidos por la otra, existen necesariamente para el juez; c) que la actividad probatoria no es investigadora respecto a los hechos controvertidos, sino simplemente verificadora; además, no se puede sacrificar derechos que se consideren superiores a la misma verdad, lo cual plantea el problema de la admisión de pruebas ilícitas. Cfr. MONTERO, J., «Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)», en VV.AA., (J. Montero, dir.), *La prueba*, Madrid, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 24-25.

directamente sobre el conocimiento de los hechos, pueden llegar a ensombrecerlos o confundirlos. En última instancia, la pregunta sería: ¿los jueces y tribunales realmente tienen presente la exigencia de verdad procesal, o en cambio, otorgan más importancia a otros valores intrínsecos al proceso, como puede ser la regla de prohibición de resoluciones *non liquet*, o la seguridad objetiva que concede el principio de «cosa juzgada»? Quizás lo que interese al juez no sea descubrir la verdad de los hechos; si acierta, mucho mejor, claro está; pero no es descabellado pensar que su objetivo primordial es fijar el presupuesto más probable para que su decisión sea correcta, y para ello, debe negar la razón a una parte y concederla por entero a la otra, convirtiendo a la verdad procesal en una declaración «finalista» de carácter constitutivo, última e institucionalizada, adecuada pragmáticamente al Derecho, si éste es entendido como un mecanismo de tratamiento de conflictos o controversias entre al menos dos partes en disputa, que por regla general pretenden defender «su» propia verdad ¹¹.

3. No cabe duda que el punto de partida del modelo cognoscitivo que asume la profesora Gascón es la necesaria sujeción del proceso a garantías epistemológicas, cuyo sentido primordial sería la averiguación de la verdad. Tal y como afirma: «... *El objetivo del modelo probatorio sigue siendo la fijación de los hechos tal y como sucedieron, aunque este objetivo haya de conjugarse con otros valores ya no epistemológicos, sino ideológicos o institucionales.*» (pág. 134) Pues bien, y como también indica Ferrajoli ¹², uno de los límites al cognoscitividad judicial es la reciprocidad que tiende a establecerse entre verdad y validez procesal, producto precisamente de algunas reglas epistemológicas de procedimiento, como pueden ser la presunción de inocencia, la prohibición de la analogía en el Derecho penal, la carga

¹¹ Aunque sobre ello me encuentro más cercano a la postura que sustenta la profesora Gascón, no cabe duda de que habría que responder, desde la convicción manifiesta, a ciertos «prejuicios» de algunos juristas «categóricos», como bien muestra el siguiente párrafo: «El trámite procesal de la prueba no tiene por objeto la “averiguación de la verdad”, sino la elaboración de la premisa menor del silogismo de subsunción con el que va luego a justificarse el fallo. Si el juez llega al fondo de la verdad, tanto mejor; pero no es necesario. La verdad procesal no es una verdad de correspondencia con la realidad sino una verdad construida a efectos del razonamiento judicial, una verdad finalista. El juez, en definitiva, no constata una realidad exterior sino que declara unos hechos a efectos procesales (...) El finalismo del sistema responde a razones pragmáticas: el juez ha de resolver siempre; y de la misma manera que si no encuentra una ley adecuada, se la crea él mismo (sin esperar a que el Parlamento lo haga), si no consigue averiguar con certeza los hechos, se los inventa, ya que éste es el único modo de llegar al fallo. Dicho de otra manera, la relación judicial de hechos no es, en sentido procesal, un acto declarativo sino constitutivo o, más precisamente, una “declaración constitutiva a efectos procesales”». Vid. NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 248-249.

¹² Sobre los límites del cognoscitividad judicial, en general, véase FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., pp. 51-62.

de la prueba atribuida a la acusación, etc. Se trataría así de la aceptación de una «verdad normativa» respaldada por reglas procedimentales indispensables para el buen desarrollo del proceso, que acaban por sustituir a la libre investigación judicial en la práctica de las pruebas, y por tanto actúan como mecanismos de control de la verdad procesal.

Para indagar sobre tales limitaciones en la búsqueda de la verdad procesal, la profesora Gascón hace un riguroso y exhaustivo análisis de las presunciones jurídicas y de la valoración de la prueba, en el capítulo tercero. Con respecto a las primeras, se trata de normas jurídicas que funcionan como medios para garantizar ciertos valores técnicos o ideológicos en situaciones específicas. Por lo tanto, contribuyen tanto a la eficacia de la administración de justicia como a la distribución de la carga de la prueba desde ciertos fines políticos. El ejemplo paradigmático es la presunción de inocencia. A pesar de que el Tribunal Constitucional español le haya conferido el rango de derecho fundamental derivado del art. 24.2.º de la Constitución, y que se encuentre configurada como una presunción *iuris tantum* que puede ser destruida mediante la concurrencia de una «actividad probatoria»¹³, buena parte de la doctrina matiza que en realidad no ha de considerarse una auténtica presunción, sino que es una «verdad interina o provisional» que invierte la normal distribución de la carga de la prueba por razón de una justicia distributiva que impone la prueba de los hechos a la parte que más fácil lo tiene¹⁴. En cambio, otros autores la entienden como una presunción formal *sui generis*, porque no hay ninguna regla de la experiencia que lleve al legislador a pensar que los acusados son inocentes —ni por supuesto culpables—; por lo tanto, la presunción de inocencia sería más bien una garantía procesal dirigida a proteger un valor ideológico: la posición del acusado en el proceso, a fin de evitar un resultado indeseable como es la condena de inocentes¹⁵. Para la profesora Gascón, tendría una función mixta, puesto que sería una garantía epistemológica respecto a sentencias condenatorias, pero adquiriría un sentido contraepistemológico en relación a sentencias absolutorias; en resumen, supondría una

¹³ Concretamente, desde la STC 31/1981, de 28 de julio, a la que han seguido otras muchas: STC 56/1982; STC 107/1983; STC 17/1984; STC 24/1984; STC 171/1984; STC 100/1985; STC 174/1985; STC 64/1986; STC 126/1986; STC 761/1990; STC 138/1992; STC 303/1993; STC 102/1994; STC 34/1996, por ejemplo.

¹⁴ Aunque habría que aclarar que en la presunción se parte de un hecho base o indicio que debe estar probado, y sobre el cual se opera por medio de una máxima de la experiencia, para así alcanzar un hecho distinto a través de un enlace lógico o causal; en cambio, en la verdad interina o provisional no se parte de ningún hecho verdadero o indicio, ya que se acepta en mero cumplimiento de un mandato legal, actuando como si se tratara de una auténtica regla legal de prueba.

¹⁵ Así, por ejemplo, L. Ferrajoli ha señalado que es una garantía de libertad y de verdad, un «principio fundamental de civilidad que es fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes». Cfr. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., pág. 549.

garantía epistemológica de la tesis fáctica sobre la que se asienta la acusación, al tiempo que una garantía de libertad que limita el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Sin embargo, me pregunto si su carácter de garantía epistemológica o de contribución a la averiguación de la verdad procesal puede resultar superflua, puesto que, en palabras de la propia autora: «*las presunciones iuris tantum, y la de inocencia entre ellas, no proporcionan información empírica a través de elementos de prueba, sino que son tan sólo normas jurídicas que, en consideración a ciertos valores, imponen dar por verdadera una situación que podría ser falsa, pero que al mismo tiempo permiten que la verdad se haga valer mediante prueba en contrario. Las presunciones iuris tantum, en fin, no cumplen una de las garantías de verdad (...) (ii) Para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico es necesaria prueba del mismo, sea ésta directa, deductiva o indirecta.*» (pág. 145).

De acuerdo al modelo cognoscitivo de fijación judicial de los hechos, se plantea la cuestión de la valoración de la prueba. Son dos las opciones posibles al respecto: si se es cognocitivista, se asume un modelo de libre convicción judicial; mientras que si uno se encuentra más próximo al sistema de la prueba tasada o legal, acaba por aceptar un trasnochado formalismo. Parece claro que sólo el primer modelo da relevancia a la averiguación de la verdad; ahora bien, no hay que confundir «libre valoración» con «valoración libre», ya que lo primero conduce a la discrecionalidad y, en cambio, lo segundo a la mera arbitrariedad. Por este motivo, la autora postula que «*la libre convicción es, en suma, un principio metodológico (negativo) que consiste simplemente en el rechazo de las pruebas legales como suficientes para determinar la decisión y que constituye por ello una auténtica garantía epistemológica y –en el ámbito penal– también, derivadamente, una garantía de libertad.*» (pág. 158)¹⁶. Libre valoración es, por tanto, valoración discrecional no vinculada a la taxatividad probatoria de la ley.

Así, y de nuevo, a partir de una argumentación coincidente con la presunción de inocencia, y al no tratarse de un criterio positivo de valoración, sino de un principio negativo metodológico, la libre convicción judicial como garantía epistemológica puede quedar vacía de contenido, puesto que no dice nada sobre cómo valorar, o en qué medida son válidos los resultados de la actividad probatoria, lo que sí

¹⁶ En la nota 116 de esta misma página 158, la autora cita a L. Ferrajoli, que se refiere al principio de libre convicción como garantía de libertad, lo cual significa: «1) la no presunción legal de culpabilidad en presencia de tipos de prueba abstractamente previstos por la ley; 2) la presunción de inocencia en ausencia de pruebas concretamente convincentes de su falsedad; 3) la carga para la acusación de exhibir tales pruebas, el derecho a la defensa a refutarlas y el deber del juez de motivar conforme a ellas la propia convicción en caso de condena; y 4) la cuestionabilidad de cualquier prueba.» Vid. *Ibíd.*, pág. 139.

ocurre en el momento anterior de interpretación de los hechos¹⁷. Si realmente el modelo cognoscitivista proscribiera e indicara el tipo de criterios o reglas racionales que hayan de usarse para determinar la verdad de los hechos, ello no dista en exceso de un planteamiento consensualista que toma como referente la idea de aceptabilidad racional de las decisiones judiciales. La profesora Gascón observa que «*siendo la valoración un juicio de aceptabilidad de los enunciados fácticos en que consisten los resultados probatorios, y teniendo en cuenta que éstos se consideran aceptables cuando su grado de probabilidad se estime suficiente, los criterios (positivos) de valoración indican cuándo un enunciado fáctico ha alcanzado un grado de probabilidad suficiente y mayor que cualquier otro enunciado alternativo sobre los mismos hechos (...) la valoración de la prueba ha de concebirse como una actividad racional consistente en la elección de la hipótesis más probable entre las diversas reconstrucciones posibles de los hechos.*» (pág. 161). Por ello, aspecto sobre el cual ya me detuve con anterioridad, los criterios –no así su definición– sobre la verdad procesal, sólo pueden ser de carácter pragmático o consensuado a partir de una aceptabilidad racional que sirva de referencia a la justificación de la sentencia.

4. Un buen punto de apoyo sobre tales afirmaciones se encontraría en la motivación de los hechos, tema al que la autora dedica el espléndido capítulo cuarto y último del libro. Queda claro que motivación es sinónimo de justificación, a través de la cual el juez ha de exponer las razones de corrección o aceptabilidad de su decisión. Por ello, constituye una exigencia del Estado de Derecho frente a la arbitrariedad del poder. También de acuerdo con Ferrajoli, la motivación es el «valor de garantía de cierre de un sistema que se pretenda racional»¹⁸; así pues, tiene una dimensión política y jurídica de tutela de

¹⁷ Conviene matizar la distinción entre interpretación y valoración judicial de las pruebas, lo que no siempre se hace. Los errores pueden darse en ambos momentos procesales, con la precisión de que un error en la interpretación repercute siempre en la valoración; pero no sucede así a la inversa: un error en la valoración no tiene por qué afectar a la interpretación, ya que esta última es una fase previa. Tal y como afirma Montero: «1. Un error en la interpretación supone que no se ha captado por el juzgador el exacto contenido de lo dicho por el testigo, de lo que se desprende del documento, de la conclusión del perito, de lo reconocido por la parte en el interrogatorio, con lo que no se ha logrado el verdadero resultado de la fuente-medio de prueba (...) 2. Un error en la valoración de la prueba implica que se ha concedido una credibilidad indebida a una fuente-medio de prueba, de modo que se le ha dado un valor que objetivamente no le corresponde o que no se le ha dado el valor que sí le corresponde.» Cfr. MONTERO, J., «Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)», cit., pp. 51-52.

¹⁸ Esta es, a mi juicio, la idea fundamental que se desprende de la extensa, compleja y excepcional obra de L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit.; y por extensión, en todos los sentidos apuntados, del libro de M. GASCON que estoy comentando: *Los hechos en el Derecho, Bases argumentales de la prueba*,

derechos; en este sentido, y en palabras de la autora: «*si la motivación no es directamente una garantía epistemológica, sí lo es indirectamente, en la medida en que permite un control sobre ese irreductible espacio de discrecionalidad que es el ámbito de la libre valoración. La exigencia de motivación es, pues, una garantía de cierre del sistema cognoscitivista.*» (pág. 199).

De esta manera, la motivación de los hechos tendría tres funciones básicas: a) extra-procesal, ya que posibilita un control público o externo de la decisión judicial, sobre fundamentos pedagógicos y democráticos; b) endo-procesal, al facilitar el control interno de las decisiones judiciales respecto a tribunales superiores (apelación y casación) y las mismas partes procesales, en especial hacia la perjudicada por el fallo; y c) en relación al propio juez, que ante la exigencia de motivar, se encuentra en mejores condiciones de descubrir errores o carencias de su razonamiento. Como corolario de ello, la motivación ha de extenderse, respecto a la premisa fáctica (*questio facti*) del razonamiento judicial, a todas las pruebas, sin excepciones, dentro del contexto de justificación, esto es, en relación a la llamada «motivación-documento»¹⁹, o conjunto de enunciados del discurso judicial en los cuales se esgrimen las razones que permiten aceptar otros enunciados fácticos como verdaderos²⁰.

Tal depuración cognoscitiva sobre la actividad judicial en la determinación de la premisa fáctica no cabe duda que resulta atractiva. Es más, comparto la idea de que el estilo de la motivación ha de ser «ana-

cit. También sobre ello, y en un sentido coincidente, puede verse, entre otros trabajos, IGARTUA, J., *Valoración de la prueba, motivación y control en el Derecho penal*, Valencia, Tirant lo blanch, 1995.

¹⁹ Cabría distinguir entre «motivación-actividad» y «motivación-producto» (o «motivación-documento»), ya que, de acuerdo con J. Igartua: «La “motivación-producto” no tiene por qué ser la transcripción gráfica de lo que ha movido al juez a tomar una decisión, es decir, de la “motivación-actividad”. Y, de cualquier modo, a nadie le consta que la sentencia sea o no el calco de lo que ha pasado por el caletre del juzgador, porque no hay manera de entrar en la mente de un juez para averiguar si ésta ha reflejado todo lo que pensaba, si se ha dejado cosas en el tintero o, llanamente, si todo lo que ha pasado por su cabeza tiene mucho o poco que ver con lo que se expresa en el texto de la sentencia.» Sobre tal distinción, véase COMANDUCCI, P., *Assagi di metaetica*, Torino, G. Giappichelli ed., 1992, pp. 199-200. Vid. IGARTUA, J., *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., pág. 181.

²⁰ La actual legislación civil y penal española parece que confirma tales exigencias en la motivación de los hechos probados. También la sentencia laboral requiere hechos probados, pero no así la del ámbito contencioso-administrativo. Según lo dispuesto en el art. 209 de la LEC para la forma y contenido de las sentencias (frente al anterior art. 372 de la LEC de 1881), como complemento y desarrollo del art. 248.3.º de la LOPJ (que dispone que en las sentencias se expresarán «los hechos probados, en su caso»), en el proceso civil han de consignarse los antecedentes de hecho con la claridad y concisión posibles, y en párrafos separados y numerados, las pretensiones de las partes y otros requisitos, así como «los hechos probados, en su caso». Esta garantía procesal ya estaba recogida para el proceso penal por la LECrim en su art. 142.2.º, que viene exigiendo formalmente una «declaración expresa y terminante de los (hechos) que se estimen probados».

lítico» y no «holista», si se entiende que debe consistir en la exposición y valoración individual y ordenada de todas las pruebas practicadas, y como bien dice Marina Gascón, de todas las pruebas sin excepción. En cualquier caso, yo le daría a la coherencia narrativa un papel algo más importante en la construcción del relato de los hechos probados del que parece desprenderse de las opiniones de la autora, a pesar de sus limitaciones y peligros, ya que, si no me equivoco, la concibe antes como método alternativo que coadyuvante a la explicación analítica de los antecedentes de hecho de la sentencia. Con ello admito que el narrativismo a ultranza es pernicioso ya que importaría más el discurso concatenado y global de los hechos, que los propios hechos en sí mismo considerados, incluso sería un acicate para la fácil ruptura de la presunción de inocencia. En cambio, un modelo narrativista «ligero» y no tan holista, próximo a la noción de «coherencia narrativa» de MacCormick²¹, como también sugiere, creo, la autora, puede ser útil si se entiende como presupuesto epistemológico auxiliar para obtener una mejor calidad de los hechos probados, en cuanto que la metodología narrativista sirve al *fact-finding* (búsqueda de los hechos), cuando no es posible acudir a pruebas directas, al razonamiento deductivo, ni a la percepción inmediata de los hechos, cual es la tónica general de la construcción de la premisa menor del silogismo judicial.

Ahora bien, y sin menospreciar la labor judicial, quizás como consecuencia de mi escepticismo –que a veces roza los límites del desencanto–, pienso que ardua tarea tiene aquel juez cognoscitivista al que se le exigen tales niveles de racionalidad, comprensión y paciencia, incluso de capacidad sintética para adquirir una «técnica» depurada de motivación en sus sentencias, si se pretende convertirlo en algo más –o menos– parecido a una de esas «estrellas» que brillan en el firmamento con mayor intensidad sobre las demás porque están más cerca de nuestro planeta, simplemente, a causa de un efecto óptico engañoso, al estar más próximas aunque sean más pequeñas. También la hipnótica lluvia de estrellas que suele verse en las cálidas noches de verano es confusa.

²¹ La coherencia narrativa pretende justificar creencias sobre el mundo, con independencia de nuestros valores y principios; incluso el test coherentista trataría de proporcionar un criterio de verdad sobre cuestiones de hecho que no aparecen lo suficientemente claras, y que pueden ser decisivas para la resolución de un caso difícil, en el que el razonamiento deductivo resulta insuficiente. Cfr. MACCORMICK, N., «Coherence in Legal Justification», en VV.AA., *Theory of Legal Science* (A. Peczenik, L. Undahl, y B. Roermund, eds.), D. Reidel, Dordrech-Boston-Lancaster, 1984; «The Coherence of a Case and the Reasonableness of Doubt», *Liverpool Law Review*, 2, 1980; así como en *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, pp. 86 y ss.