

Hechos y Razonamiento Probatorio

Coordinadora
CARMEN VÁZQUEZ



TRES MODOS DE RAZONAR SOBRE HECHOS

(Y ALGUNOS PROBLEMAS SOBRE LA PRUEBA JUDICIAL PLANTEADOS A PARTIR DE ELLOS)

Daniel GONZÁLEZ LAGIER¹

SUMARIO: I. Sobre la inferencia probatoria. II. El carácter aproximativo de nuestros juicios sobre la verdad. III. Las restricciones a la libre valoración de la prueba. IV. Prueba y relatividad conceptual.

I. SOBRE LA INFERENCIA PROBATORIA.

1. El modelo general

En nuestra vida cotidiana nos vemos obligados a tomar decisiones, para lo que necesitamos realizar conjeturas sobre hechos muy variados; conjeturas sobre si determinados hechos han ocurrido, sobre por qué han ocurrido o sobre si ocurrirán en el futuro (aunque aquí nos interesa el primer supuesto, los tres tipos de argumentos -descubrimiento, explicación y predicción- están estrechamente emparentados). Debemos alcanzar cierto grado de convicción sobre la corrección de tales conjeturas, si queremos tomar las decisiones sobre bases sólidas. Podría decirse que, en muchas ocasiones, nuestro convencimiento de que ha ocurrido un determinado hecho descansa en inferencias que realizamos a partir de ciertos hechos que ya damos por conocidos o por seguros (por ejemplo, realizamos inferencias a partir de la información proporcionada por nuestras percepciones). Para pasar de un tipo a otro de hechos (de los hechos probatorios a los hechos a probar) necesitamos asumir la existencia de alguna

¹ Depto. de Filosofía del Derecho. Universidad de Alicante.

conexión entre ellos. Si yo sé que los acontecimientos como A están vinculados de alguna manera con acontecimientos como B, ante la presencia de un hecho del primer tipo puedo inferir (que ha ocurrido o que ocurrirá) un hecho del segundo tipo. ¿Como sé que existe esa asociación entre acontecimientos? Lo sé porque la he observado en cierto número de casos anteriores, y a partir de esa observación he concluido (por inducción) un enunciado general que describe la existencia de una regularidad entre acontecimientos de uno y otro tipo. Llamaré a este tipo de enunciados -usando una denominación de los juristas- máximas de experiencia (tiene más tradición en filosofía llamarlas "presunciones", pero este término tiene una enorme ambigüedad, por lo que lo reservaré para referirme a las reglas jurídicas que imponen presunciones). De manera que la construcción de máximas de experiencia y la inferencia de hechos a partir de ellas tienen un papel destacado en la adquisición de nuevo conocimiento. En ocasiones, estamos tan seguros de una de esas máximas de experiencia que decidimos adoptarla como "regla de decisión" (acerca de qué hechos aceptar como ocurridos): como normalmente hemos obtenido resultados satisfactorios aplicando esa máxima de experiencia, la consideramos como una regla que debemos seguir siempre y no nos planteamos su fundamento cada vez que tenemos la oportunidad de aplicarla. Hemos convertido la máxima de experiencia en una "regla" que nos imponemos a nosotros mismos. Hacemos esto porque estamos seguros de que la adopción como regla de esa máxima de experiencia nos aproxima -en la mayor medida posible- a una conclusión probablemente verdadera. Pero otras veces -normalmente en contextos institucionalizados- adoptamos una regla de decisión acerca de hechos porque esa regla nos ayuda a proteger o alcanzar un valor o interés práctico (no teórico o cognoscitivo), distinto de la verdad. En este segundo caso, esa regla tiene su origen en nuestra confianza en que la aceptación de un determinado hecho como sucedido (con independencia de que realmente haya ocurrido o no) protege un interés práctico que, en el caso concreto, estimamos más que a la consecución de la verdad. Preferimos "fingir" que ese hecho ha ocurrido. Por último, obsérvese que para realizar este tipo de inferencias necesitamos un criterio para clasificar hechos dentro de una determinada categoría: las máximas de experiencia y reglas de decisión sobre hechos correlacionan tipos o clases de hechos; para construir esos tipos o clases de hechos necesitamos conceptos, que expresamos en definiciones. Las definiciones nos dicen qué hechos "cuentan como" casos de uno u otro tipo de hecho.

2. Tres tipos de inferencias probatorias en el proceso

La prueba judicial es un método de conocimiento y de justificación del mismo que, en lo esencial, sigue este mismo modelo. En el proceso de prueba podemos distinguir, desde un punto de vista lógico, tres momentos distintos: (1) la selección de los hechos probatorios, (2) la inferencia de una determinada hipótesis a partir de ellos y (3) el momento de la decisión de aceptar los hechos como probados². El segundo momento es el que se corresponde con lo que los juristas llaman la valoración de la prueba. Se trata del razonamiento con el que se evalúa en qué medida los elementos de juicio (los hechos probatorios) avalan la hipótesis que se quiere probar. A este razonamiento podemos llamarlo inferencia probatoria.

En la inferencia probatoria podemos distinguir varios elementos: el hecho que queremos probar (al que llamaremos "hipótesis" o "hecho a probar"), la información (acerca de otros hechos más o menos directamente vinculados con el primero) de la que disponemos (que podemos llamar los elementos de juicio, las pruebas o los "hechos probatorios") y una relación entre el hecho que queremos probar y los elementos de juicio.

Veamos un ejemplo: Una Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 2 de noviembre de 1998 absolvió al acusado de un delito contra la salud pública de tráfico de drogas. Justificó su decisión en dos razones: (1) sólo se le había encontrado en el registro de su lugar de trabajo 1 gramo, 810 miligramos de cocaína y (2) la identificación del mismo se había hecho a partir de las manifestaciones ante la Guardia Civil de otra persona a la que se le había intervenido previamente cierta cantidad de droga, sin que dichas manifestaciones fueran posteriormente ratificadas, ni en la fase instructora ni en el juicio oral. La fuerza de estas razones deriva de dos enunciados generales: una presunción establecida jurisprudencialmente, según la cual se presume que se posee droga para el tráfico cuando la cantidad es superior a 3 gramos, y una máxima de experiencia de los magistrados, de acuerdo con la cual "viene siendo desgraciadamente frecuente que la persona a la que se le interviene alguna cantidad de droga, temerosa de que se le pueda considerar vendedora de la misma, facilite la identificación de otra, diciendo que se la compró a ella, para desviar hacia ésta la investigación policial, y

² Ferrer, Beltrán, J. *La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasibenthamiana*, en Vázquez, C. (ed), en *Estándares de prueba y prueba científica*, Marcial Pons, 2013, p. 24.

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).

Presunción jurisprudencial

Máxima de experiencia: "Viene siendo desgraciadamente frecuente..."

- (1) Sólo se encontró en el registro -----> Juan no traficaba con droga
de su casa 1 gramo de cocaína. (pretensión)
- (2) Fue acusado por alguien a quien
se le había intervenido cierta
cantidad de droga, sin que dicha
acusación fuera ratificada.

Como hemos visto, el enlace entre los enunciados sobre los hechos que deseamos probar y los elementos de juicio (la información sobre los hechos probatorios) de los que disponemos puede ser de distintos tipos (en el ejemplo anterior nos encontrábamos con una máxima de experiencia y una presunción). En cada uno de estos tipos de conexiones o enlaces podemos distinguir entre a) su fundamento, b) su finalidad y c) su fuerza. Por fundamento me refiero a los requisitos para la corrección del enlace; por finalidad al objetivo (que puede ser epistémico o práctico) que ese enlace trata de satisfacer; y por fuerza al grado de solidez que ese enlace aporta a la inferencia probatoria (lo que se traduce en una mayor o menor resistencia a ser desplazado por inferencias con un enlace distinto). Se trata sin embargo de tres nociones relacionadas: muchas veces el fundamento de un enlace dependerá de la medida en que resulte un medio adecuado para satisfacer su finalidad, y su fuerza dependerá a su vez del grado en que esté fundamentado y la importancia que se le conceda a tal finalidad; sin embargo, creo que puede resultar útil y esclarecedor distinguir estas tres dimensiones.

En ocasiones, el enlace consiste en un enunciado que describe una regularidad entre dos tipos de acontecimientos. Hemos llamado a estos enunciados máximas de experiencia y consisten en generalizaciones a partir de experiencias previas que asocian hechos del tipo del que queremos probar con hechos del tipo de los que constituyen las pruebas o indicios. Estas máximas de experiencia, por tanto, tienen como fundamento la observación de una asociación más o menos regular entre dos hechos y su finalidad es tratar

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

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

Por otra parte, como hemos visto, tanto las reglas que establecen presunciones como las máximas de experiencia correlacionan clases o tipos de hechos; por tanto, es importante para nosotros clasificar bien hechos particulares en clases de hechos (subsunción individual) o unas clases de hechos en otras (subsunción genérica). El proceso de clasificación o subsunción de un hecho en una clase de hechos podemos llamarlo "interpretación" de hechos y es un paso importante en la comprensión del mundo en general y en la aplicación del Derecho en particular. El antecedente de hecho de las normas jurídicas ofrece tipos de hechos en los que subsumir los hechos probados (es

lo que llamamos calificación); pero en la mayoría de las ocasiones no podemos subsumir directamente un hecho empírico en el antecedente de hecho de una norma, sino que previamente hemos de hacer subsunciones intermedias. Por ejemplo, flexionar el dedo sobre un gatillo y disparar sólo puede calificarse como homicidio doloso si previamente lo hemos interpretado como un caso de acción intencional (esto es, lo hemos subsumido en la clase de las acciones intencionales), si la relación entre ese disparo y la muerte de una persona es un caso de relación causal, etc. De manera que los hechos, tal como nos interesan normalmente para adscribir responsabilidad, son hechos interpretados. Los hechos suelen tener grados diversos de interpretación, pero normalmente no nos enfrentamos a hechos puramente empíricos, sino a entidades complejas que combinan elementos observacionales y teóricos, normativos o valorativos. Los elementos observacionales son aquellos que dependen de la observación de la realidad a través de nuestros sentidos; los elementos teóricos, normativos o interpretativos son aquellos que dependen de la red de conceptos con los que los clasificamos y comprendemos. Así, por ejemplo, algunas conexiones entre sucesos las clasificamos como relaciones de causalidad; algunos movimientos corporales de las personas, acompañados de ciertas actitudes psicológicas, los consideramos acciones; en ciertos supuestos, lo que un agente no ha hecho lo podemos calificar de una omisión; etc. Determinar que algo es causa de otra cosa, que algo es una acción, que una acción es intencional o no, que ciertas actitudes constituyen emociones, etc. son cuestiones que dependen de opciones conceptuales. Según cuál sea el concepto de causa, por ejemplo, que manejemos (según la identifiquemos con condiciones necesarias o suficientes del efecto), una relación entre dos sucesos puede ser considerada causa o no; y según la noción de intención que usemos, las consecuencias de nuestras acciones previstas pero no deseadas directamente pueden ser consideradas intencionales o no.

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

El fundamento de las reglas conceptuales que usamos en la prueba de los hechos (ju-

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

Un ejemplo de este tipo de inferencias es el siguiente:

Por "causa" hay que entender una relación que opera como condición necesaria entre dos sucesos.

	(enlace)	
(a) Todo aquél que contrajo la enfermedad X había consumido Z	-----	>Z es causa de X (hipótesis)
(b) No todo el que consumió Z contrajo la enfermedad X (es decir, Z opera como condición necesaria, pero no suficiente, de X) (pruebas)		

Y en el siguiente esquema podemos ver las diferencias entre los tres tipos distintos de inferencias³:

INFERENCIA PROBATORIA	ENLACE			
	TIPO	FUNDAMENTO	FINALIDAD	FUERZA
Epistémica	Máxima de la experiencia	La observación de una asociación más o menos regular entre dos hechos	Aproximarse a la verdad acerca de los hechos que se infieren	La solidez del argumento inductivo en el que descansa la máxima de la experiencia
Normativa	Regla	La observación de una asociación más o menos regular entre dos hechos	Aproximarse a la verdad acerca de los hechos que se infieren	Carácter normativo del Derecho
		Algún valor o principio que se considera relevante	La protección de ese valor o principio.	Carácter normativo del Derecho.
Interpretativa	Concepto o definición	Condiciones formales y materiales de corrección o adecuación de los conceptos	Remite a la función de los conceptos como herramientas para ordenar, clasificar, comprender el mundo, construir leyes generales explicativas y predictivas	Dependerá del grado en que estén fundamentadas, de su adecuación a los fines perseguidos y -en el caso del Derecho- de si su origen se encuentra en el legislador, la jurisprudencia, la dogmática, etc.

3. ¿Prueba directa vs. prueba indirecta?

Los juristas suelen reservar este esquema que he propuesto como representación de la estructura general de la prueba para el tipo de prueba que se ha llamado "prueba indirecta" o "prueba de indicios" (o, incluso, "prueba presuntiva"), contraponiéndola a la prueba directa.

La diferencia entre ambos tipos de prueba se ha caracterizado tradicionalmente como sigue: La prueba directa es "aquella en que la demostración del hecho enjuiciado surge

³ Tomo el esquema de Roger Zavaleta, "La justificación respecto de los problemas de prueba", manuscrito.

de modo directo e inmediato del medio de prueba utilizado; la prueba indirecta o indiciaria es aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos del delito, pero de los que pueden inferirse éstos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico entre los hechos probados y los que se trata de probar⁴. A partir de esta caracterización suele sostenerse que la prueba indirecta es menos fiable (y una especie de "mal menor") y, por ello, debe estar sujeta a criterios de valoración más estrictos.

En mi opinión, sin embargo, la diferencia entre ambos tipos de prueba debe ser muy matizada. Entre las pruebas consideradas directas encontramos las declaraciones de testigos y las pruebas documentales. Si Ticio dice que vio a Cayo golpear a Sempronio, este testimonio se consideraría prueba directa de que Cayo golpeó a Sempronio. Sin embargo, lo único que ese testimonio prueba directamente es que Ticio dice que vio a Cayo golpear a Sempronio. Para concluir a partir de esa declaración que Cayo golpeó realmente a Sempronio hay que establecer la credibilidad de Ticio (descartar que mienta, que haya construido una versión falsa a partir de recuerdos fragmentarios o que percibiera o interpretara mal lo que vio). Ello exige cierto razonamiento (no necesariamente sencillo) y una serie de inferencias encadenadas, basadas a su vez en regularidades o máximas de experiencia. Es decir, ni en la prueba directa surge directamente la demostración del hecho enjuiciado, ni tal demostración se realiza sin inferencias, ni la estructura de la prueba de indicios es distinta de la de la prueba directa (en ambos casos hay un hecho base, una hipótesis a probar y un enlace)⁵.

4 Miranda Estrampes, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, J.M. Barcelona, Bosch Editor, 1997, p. 218.

5 Tiene razón Belloch Julbe cuando afirma que "no existen diferencias cualitativas entre la estructura de la prueba indiciaria y la estructura de las convencionalmente denominadas 'pruebas directas'. Piénsese en el ejemplo de un testigo que afirma haber presenciado cómo el acusado realizaba el correspondiente hecho delictivo. Tal testimonio, según las normas al uso, deberá calificarse de 'prueba directa' en cuanto recae sobre el epicentro de la eventual pretensión acusatoria y no sobre hechos periféricos íntimamente conectados con la dinámica comisiva. Pues bien, incluso en tal caso, podría hablarse de un hecho-base (un testigo que afirma haber presenciado los hechos), un proceso deductivo [léase, inferencial; como veremos más adelante, no necesariamente será una deducción. DGL] (no tiene el testigo razones o motivos para mentir, y además estaba plenamente capacitado para 'percibir' esa realidad que ahora transmite) y una conclusión lógica (debe ser verdad lo que el testigo narra que presencié)". Julbe, Belloch, *La prueba indiciaria*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XIII, 1992, pp. 42 y 43.

Tampoco puede decirse, con carácter general, que la prueba directa es más fiable que la prueba de indicios. Por ejemplo, una prueba directa basada en testigos que presenciaron el hecho enjuiciado pero que son, en realidad, poco fiables puede tener una solidez menor que una prueba de indicios basada en una muestra de ADN (que, sin embargo, se conecta con el hecho enjuiciado a través de un razonamiento con más pasos).

En definitiva, lo que queda de la distinción es la cuestión de si entre los hechos probatorios y los hechos a probar hay más o menos inferencias que realizar. Se trata, por tanto, de una distinción gradual, y no cualitativa. Por ello, los criterios de racionalidad epistemológica que hemos mencionado antes son aplicables a uno y otro tipo de prueba.

II. EL CARÁCTER APROXIMATIVO DE NUESTROS JUICIOS SOBRE LA VERDAD

La inferencia probatoria epistémica podría considerarse como el tipo central de razonamiento probatorio, puesto que los otros tipos de inferencias descansan en él. Es también el tipo de inferencia que tiene una conexión más evidente con la verdad. Con las inferencias que he llamado epistémicas pretendemos obtener o justificar conocimiento nuevo. Partiendo de premisas que se consideran verdaderas, concluimos una proposición que también consideramos verdadera (o que tratamos como si lo fuera). La inferencia probatoria epistémica es, por tanto, una inferencia teórica, aunque se desenvuelva en el marco de un contexto más amplio cuya finalidad última (la aplicación correcta del Derecho) sea práctica.

Ahora bien, el uso de estas inferencias, como han insistido los autores cognoscitivistas, no nos garantiza más que juicios que se aproximan a la verdad, esto es, juicios que están más o menos justificados desde un punto de vista epistemológico, pero de los que nunca podemos decir que son con total seguridad absolutamente verdaderos. No podemos esperar que la prueba nos ofrezca certeza absoluta, si por certeza absoluta entendemos que no haya lógicamente un margen de error. Como es sabido, las inferencias se suelen clasificar en deductivas o no deductivas (o inducciones). Las primeras suelen caracterizarse como aquellos argumentos en los que la verdad de las premisas garantiza la verdad de la conclusión, cosa que no ocurre en los argumentos inductivos. En ellos, es lógicamente posible que las premisas sean verdaderas y la

conclusión no lo sea, porque las premisas sólo avalan la conclusión hasta cierto grado. Un argumento inductivo no es válido o inválido (a diferencia de lo que ocurre con las deducciones), sino más o menos sólido (entendiendo por "solidez" el grado en que las premisas avalan o corroboran la conclusión).

Las inferencias probatorias se han considerado normalmente como razonamientos no deductivos, pero podrían incluso reconstruirse como deducciones tomando la máxima de experiencia como premisa mayor y los hechos probatorios como premisa menor. Por ejemplo:

"Si dos personas conviven maritalmente durante un lapso prolongado de tiempo, las actividades delictivas de una de ellas son conocidas por la otra"

A y B convivieron maritalmente durante un lapso prolongado de tiempo.

A conocía las actividades delictivas de B

Aun así, la conclusión no es necesariamente verdadera, porque no tenemos certeza absoluta acerca de las premisas. Una deducción nos dice que si las premisas fueran verdaderas, la conclusión también lo sería, pero no nos dice si las premisas son efectivamente verdaderas. Por tanto, si la inferencia probatoria se reconstruye como un argumento no deductivo, las premisas no nos garantizan la conclusión. Y si se reconstruye como un argumento deductivo, tampoco lo hacen (porque nunca podemos estar seguros de la corrección de las premisas).

Si la conclusión acerca de los hechos probados nunca es una certeza absoluta, esto es, si los hechos probatorios y las máximas de experiencia se limitan a ofrecer un cierto grado de confirmación de la hipótesis sobre los hechos que hay que probar, que puede ser mayor o menor, entonces no es correcta (en el ámbito de la inferencia probatoria epistémica) la distinción entre prueba plena y semiplena, ni tampoco afirmaciones del tipo siguiente: "no existe una mayor o menor convicción judicial, o se alcanza o no se alcanza" o "la prueba es total y plena, o no es nada"⁶ (otra cosa es que por prueba plena se entienda prueba legal o jurisprudencialmente tasada, pero entonces se trata de inferencias probatorias normativas). La credibilidad de la conclusión es una cuestión gradual.

⁶ Miranda Estrampes, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, pp. 52 y ss..

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que la inferencia probatoria epistémica pueda valorarse al margen de criterios racionales⁷. La “libre valoración de la prueba” ha de significar necesariamente libre valoración racional, y no libertad frente a cualquier criterio o regla, incluyendo la racionalidad (la crítica a la concepción que entiende el principio de libertad de valoración de la prueba de una manera absoluta ha sido un lugar común de los autores cognoscitivistas⁸). La dogmática procesal y la jurisprudencia se ha ocupado de estos criterios a propósito de la prueba de indicios o prueba indirecta (pero, como hemos visto, no hay una diferencia cualitativa entre ésta y la prueba directa). En mi opinión, estos criterios -a los que a veces se hace referencia con el nombre de reglas de la sana crítica o reglas de la lógica- son una aplicación a la prueba en el ámbito judicial de los criterios que los filósofos de la ciencia han propuesto para establecer en qué medida las hipótesis científicas vienen avaladas por las observaciones (pruebas) disponibles. En otros trabajos he propuesto los siguientes criterios de racionalidad epistemológica⁹:

i) Respecto de las pruebas o indicios, debe examinarse si éstos son a) fiables, b) suficientes, c) variados, d) pertinentes.

ii) Respecto de las máximas de experiencia, a) deben estar bien fundamentadas (esto es, ser la conclusión de un argumento inductivo bien construido, que partiendo del examen de casos particulares concluya el enunciado que describe una regularidad empírica) y b) en el caso de que establezcan una regularidad probabilística (si p, entonces probablemente q), la probabilidad debe ser elevada.

iii) Respecto de la hipótesis, son importantes los siguientes requisitos a) la hipótesis no debe estar refutada por ninguna prueba, b) el grado de confirmación de las hipótesis derivadas, c) su coherencia, d) si existen otras hipótesis alternativas plausibles, e) en qué medida su corrección explicaría los hechos que hemos dado por probado, f) su simplicidad (en qué medida exige aceptar hechos no probados).

7 Fernández López, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Ed. Iustel, 2005, pp. 243 y ss.

8 Véase, por todos, Andrés Ibáñez, Perfecto, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, en *Doxa*, núm. 12, 1992, pp. 277 y ss.

9 Para una explicación de los mismos, véase González Lagier, D., *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, México, Ed. Fontamara, 2013, p. 55 y ss.

Este punto tiene una implicación importante para la formación de los jueces: éstos deberían tener sólidos conocimientos en lógica y epistemología; sin embargo, en la formación de los juristas en general, y de los jueces en particular, se presta más atención a la memorización de contenidos normativos que a la adquisición de habilidades de razonamiento jurídico y de métodos de análisis de los casos, y cuando sí se llega a esto, se prima la formación en los métodos de resolución de los problemas planteados por las normas (interpretación, lagunas, antinomias,...) sobre los problemas de prueba. Ser conscientes de esto es relevante para algo que diré a propósito de las normas sobre la valoración de la prueba.

III. LAS RESTRICCIONES A LA LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

1. *La justificación de las inferencias probatorias normativas.*

El segundo problema que plantea la relación entre prueba y verdad guarda relación con lo que hemos llamado inferencias probatorias normativas. La inferencia probatoria normativa es un caso de restricción del principio de libre valoración de la prueba. Las inferencias probatorias normativas no son argumentos teóricos, esto es, argumentos que, partiendo de premisas descriptivas que se consideran verdaderas, llegan a una conclusión también descriptiva e igualmente considerada verdadera. Por el contrario, son argumentos prácticos que parten de una norma (que establece, por ejemplo, una presunción) y concluyen otra norma: la obligatoriedad de dar por probado un hecho¹⁰. Hemos visto que las presunciones pueden tener un fundamento cognoscitivo o epistémico o un fundamento basado en la protección de un valor o interés práctico; en este segundo caso la inferencia probatoria normativa no está orientada a la verdad empírica, sino exclusivamente a una fijación de los hechos por razones distintas a su probable conexión con lo que ocurrió en realidad. En el primer caso se produce un

¹⁰ Ciertas consideraciones acerca de a qué obligan realmente las presunciones (si a creer un hecho, a inferirlo, a aceptarlo, etc.) puede verse en Mendonca, Daniel, *Presunciones*, en *Doxa*, 21-I, 1998 y en Aguiló Regla, J., *Nota sobre "Presunciones"*, de Daniel Mendonca, en *Doxa*, 22, 1999. Véanse también *Presunciones, verdad y normas procesales*, en *Isegoría*, núm. 35, 2006 y Peña, Lorenzo & Ausín, Txetxu. (2001). *La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria*, Digital.CSIC -Consejo Superior de Investigaciones Científicas-. Recuperada en Agosto 2, 2012, del sitio Web temoa : Portal de Recursos Educativos Abiertos (REA) en <http://www.temoa.info/es/node/372238>

supuesto de inferencia normativa que pretende tener un fundamento epistemológico. ¿Son legítimas estas reglas de prueba?

De acuerdo con Bentham, si se asume que la finalidad de la prueba es la averiguación de la verdad, entonces el mejor método para alcanzar esa finalidad consiste en reducir en la mayor medida posible el llamado "Derecho probatorio". Bentham confiaba en una suerte de "epistemología natural" basada exclusivamente en los criterios de racionalidad epistemológica, por lo que las interferencias en tales criterios nos alejan de esa finalidad y deben limitarse en la mayor medida posible. Esto implica, respecto del momento de selección de los elementos de juicio, la asunción de una regla general de inclusión de todas las pruebas relevantes y consiguientemente el rechazo de las reglas de exclusión de pruebas (que también afectan al principio de libre valoración de la prueba, en la medida en que impiden que sea el juez el que decida si valora esa prueba). Y respecto del momento de valoración de la prueba, el rechazo de toda regla que establezca autoritativamente el valor probatorio de los elementos de juicio. En definitiva, tal como lo resume Twining, de acuerdo con Bentham el Derecho no debe contener "ninguna norma que excluya testigos o pruebas; ninguna norma sobre el peso o el *quantum* de la prueba; ninguna norma vinculante sobre la forma de presentación de las pruebas; ninguna restricción artificial sobre los interrogatorios o el razonamiento probatorio; ningún derecho de silencio ni privilegios de los testigos; ninguna restricción al razonamiento que no sean las propias del razonamiento práctico; ninguna exclusión de pruebas excepto si son irrelevantes o superfluas o si su presentación supone perjuicios, gastos o retrasos excesivos en las circunstancias del caso específico".

En todo caso, aun aceptando el principio general de inclusión de las pruebas epistemológicamente relevantes, el propio Bentham admitía excepciones al mismo. Un primer grupo de excepciones tiene que ver con lo que Juan Carlos Bayón ha llamado "costes procedimentales". En palabras suyas: "minimizar el riesgo de error conlleva en sí mismo costes (tanto de funcionamiento general del sistema jurisdiccional como, para las partes, de dilación en la obtención de una decisión) y no es razonable postular que el derecho debe buscar la reducción del error literalmente a cualquier coste. Así que, si el primer problema era el de la minimización del riesgo de error, el segundo es el de la *minimización de los costes que conlleva la minimización del riesgo de error* (que podemos de-

nominar, por simplicidad, "costes procedimentales")¹¹. Un segundo grupo de excepciones está relacionado con la necesidad de proteger valores distintos al de la verdad y que pueden entrar en conflicto con ella (derechos fundamentales, por ejemplo). Desde este punto de vista, la averiguación de la verdad no es la única finalidad del proceso. La averiguación de la verdad es un valor más que debe ponderarse con otros valores. La cuestión de cuándo están justificadas estas excepciones es una cuestión moral y política, pero no epistemológica¹².

¿Cabría hablar de un tercer tipo de excepciones a la regla general de inclusión de todas las pruebas relevantes? Para Bentham no, pero podría ponerse en duda su convicción de que el modo más eficaz de asegurar la verdad consista en rechazar necesariamente las reglas de prueba. De hecho, muchas veces se ha pretendido que algunas reglas de prueba (tanto a propósito del momento de selección de las pruebas como en el momento de valoración de las mismas) tiene un fundamento precisamente epistemológico (por ejemplo, como hemos visto, en el caso de algunas reglas que establecen presunciones). La pretensión de estas reglas es que, en ocasiones, introducir normas sobre prueba podría ser una manera de asegurar en conjunto y a largo plazo un número total de errores menor que el que produciría en esos casos la restricción de las reglas de exclusión de pruebas y el principio de libre valoración de la prueba¹³.

El problema del establecimiento de reglas de exclusión de pruebas, reglas tasadas de valoración de la prueba y de presunciones es que limitan la capacidad del juez de tener en cuenta todas las circunstancias y peculiaridades del caso, predeterminando las pruebas que puede tener en cuenta y cómo debe valorarlas, siendo obvio que el legislador no puede prever al establecer tales reglas todas las circunstancias que en cada caso pueden ser relevantes. A pesar de ello, en mi opinión, pueden darse circunstancias prácticas que justifiquen -desde un punto de vista epistemológico- el establecimiento de estas reglas. Piénsese, por ejemplo, en la tendencia a interpretar el principio de libre valoración de las pruebas como una libertad total, incluso frente a las reglas de la racionalidad, o en la falta de formación de muchos jueces (y, sobre todo, de los jurados) en

¹¹ Bayón, Juan C. *Epistemología, moral y prueba de los hechos. Hacia un enfoque no benthamiano*, en *Analisi e Diritto*, 2008, p. 21.

¹² Bayón, Juan Carlos, *Epistemología, moral y prueba de los hechos*, p. 21.

¹³ Bayón, Juan Carlos, *Epistemología, moral y prueba de los hechos*, p. 20.

habilidades epistemológicas. Ahora bien, esta justificación de restricciones a los principios de libre inclusión y de libre valoración de la prueba, aun teniendo como finalidad asegurar la minimización de errores (esto es, una finalidad epistemológica), depende de consideraciones contextuales (aunque no por ello menos relevantes): un juez ideal, plenamente racional y con plenas destrezas epistemológicas, no necesitaría este tipo de reglas de prueba, pero pueden ser necesarias con jueces "de carne y hueso"¹⁴.

2. La prueba de los hechos psicológicos: ¿búsqueda de la verdad?

Un problema relacionado con el anterior es el que plantea la prueba de los hechos psíquicos. Uno de los requisitos para que pueda haber una sentencia penal condenatoria es que se haya practicado prueba de cargo. De acuerdo con el Tribunal Constitucional español, la prueba de cargo es aquella "encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes con el mismo (...), por una parte y, por otra, la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad"¹⁵. Por lo tanto, la presunción de inocencia exige que se prueben no sólo los aspectos externos del delito, sino también los hechos mentales o psicológicos relativos al mismo¹⁶. Sin embargo, los hechos mentales plantean serios problemas de prueba. Éstos se han discutido especialmente a propósito de la prueba de la intención y del dolo.

¿Qué problemas plantea la prueba de la intención? Las intenciones, como el resto de estados mentales o internos (las emociones, las creencias, las sensaciones, etc.), tienen un *modo subjetivo de existencia* (no independiente del sujeto que los experimenta) y no son directamente observables por terceros; sólo el propio sujeto que los siente parece tener un conocimiento directo de los mismos (que ni siquiera puede ser considerado infalible), a través de lo que se ha llamado *consciencia* (por el contrario, los hechos externos tienen un modo objetivo de existencia y pueden ser observados por terceros). Estas peculiaridades -entre otras- han suscitado muchas dudas acerca de

14 Existe otro argumento (aunque parcialmente conectado con éste) que podría justificar la introducción de reglas de valoración de la prueba. Se trata de un argumento que parte de la imposibilidad de formular un estándar de prueba, pero no lo discutiré aquí.

15 STC 33/2000 de 14 de febrero, Fundamento jurídico 4º.

16 Véase Fernández López, M., *Prueba y presunción de inocencia*, pp. 58 y ss.

si los estados mentales son hechos en el mismo sentido que los hechos externos, acerca de cómo “encajan” en la concepción científica del mundo y acerca de cómo pueden ser conocidos por terceros.

Por su parte, la doctrina procesal y la jurisprudencia sostienen -acertadamente- que los hechos psicológicos no son susceptibles de prueba directa, sino de prueba indirecta o de indicios¹⁷. Esto es, nadie puede haber visto que un sujeto tenía una determinada intención (o una creencia, o una emoción), por lo que los estados mentales deben ser inferidos (o presumidos) a partir de la conducta externa del agente al que se atribuyen y de las circunstancias del contexto:

“La prueba de los elementos subjetivos del delito no requiere necesariamente basarse en las declaraciones testificales o en pruebas periciales. En realidad, en la medida en que el dolo o los restantes elementos del tipo penal no pueden ser percibidos directamente por los sentidos, ni requiere para su comprobación conocimientos científicos o técnicos especiales, se trata de elementos que se sus-traen a las pruebas testificales y periciales en sentido estricto. Por lo tanto, el Tribunal de los hechos debe establecerlos a partir de la forma exterior del comportamiento y sus circunstancias mediante un procedimiento inductivo, que, por lo tanto, se basa en los principios de la experiencia general”.¹⁸

Con este fin, la jurisprudencia ha ido creando un catálogo de “indicios-tipo” aptos para inferir el dolo en distintos tipos penales (por ejemplo, para la receptación se considera indicio de la intención que el precio de adquisición sea notablemente inferior al valor real de la cosa, y para la distinción entre “animus necandi” y “animus laedendi” la idoneidad del arma usada o la importancia vital del lugar del cuerpo al que se dirigió el ataque)¹⁹. Por esta vía, se ha ido convirtiendo la prueba de la intención en una inferencia proba-

¹⁷ Por todos, Ragués, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1999, págs. 237 y ss. y Lorenzo Copello, Patricia, *Dolo y conocimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 124 y ss.

¹⁸ STS de 20 de Julio de 1990.

¹⁹ Sobre el problema de los indicios-tipo en la prueba del dolo, véase Lorenzo Copello, *Dolo y conocimiento*, págs. 132 y ss.

toria normativa, en la que el enlace entre los hechos probatorios y los hechos a probar (la intención) está constituido por tales indicios-tipo, que no son más que reglas de valoración de la prueba introducidas jurisprudencialmente. El propio Tribunal Supremo ha llegado a negar que los hechos psicológicos sean realmente hechos y los ha considerado "juicios de valor" que forman parte de la *quaestio iuris*; y parte de la doctrina penal -en una dirección semejante- ha señalado que la prueba del dolo no es en realidad una actividad cognoscitiva, sino una atribución o imputación a partir de esos "indicios-tipo"²⁰.

De esta manera, a propósito de la prueba del dolo o de la intención, se pueden identificar dos tipos de posturas o concepciones: Por un lado, las concepciones que podemos llamar cognoscitivistas o descriptivistas, para las que la prueba de la intención es descubrimiento, esto es, una actividad cognoscitiva, orientada a establecer juicios de atribución que son verdaderos o falsos. Para estas concepciones las intenciones son un tipo de realidad que es posible conocer, por lo que los criterios que debemos usar para formular nuestros juicios de atribución deben asegurarnos en la mayor medida posible la correspondencia entre nuestra atribución y esa realidad. Por otro lado, las concepciones adscriptivistas o normativistas, para las cuales la prueba de la intención es una imputación, esto es, una actividad que no tiende a descubrir ninguna realidad interna o psicológica (porque no existen los estados mentales, o porque no pueden ser conocidos, o porque no es necesario conocerlos en el proceso), sino a calificar de cierta manera la acción del agente de acuerdo con ciertos criterios que pueden satisfacer intereses muy variados (como el carácter ejemplificativo de la pena, la resolución de conflictos, etc.), pero no orientados al descubrimiento de la verdad.

Mi opinión es la prueba de los elementos subjetivos del delito debe estar también presidida por la finalidad de averiguar la verdad, aunque en este caso se trate de una finalidad más difícil de satisfacer. Si no fuera así, la culpabilidad no se estaría descubriendo, sino que la estaría constituyendo el sistema jurídico. No tener en cuenta las actitudes subjetivas reales del sujeto atenta, además, contra un principio básico del Derecho penal: el principio de responsabilidad subjetiva, basada en la idea del reproche como uno de los elementos que ponen en marcha la reacción del sistema penal.

20 Por todos, véase Ragués, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal y Consideraciones sobre la prueba del dolo*, en *La Ley*, año XXIII, núm. 5633, 2002.

En realidad, que la jurisprudencia haya establecido reglas de valoración de la prueba de estos hechos y que el tipo de inferencia que se haya extendido para la prueba de los mismos sea la inferencia probatoria normativa no es suficiente para negar el carácter epistemológico y orientado hacia la verdad de esta prueba o que el contenido de lo que se declara probado pueda ser verdadero o falso. Lo contrario es confundir el *fundamento* y la *finalidad* de estas reglas con su *fuerza*. Como hemos visto, hay supuestos de reglas de valoración y presunciones que tienen detrás máximas de experiencia y, por tanto, tienen fundamento en una inducción a partir de casos anteriores, y hemos visto que en ocasiones estas reglas pueden estar justificadas ante la especial dificultad del hecho que hay que probar y la falta de competencias epistemológicas del juzgador. Mi opinión es que esto es lo que ocurre precisamente a propósito de la prueba de la intención.

Recientemente García Amado ha sostenido que los hechos psíquicos son -para el Derecho- hechos normativos o, incluso, análogos a los hechos institucionales: “¿Cómo se puede probar mi intención de ensañarme? Nada más que por indicios que se interpretan con patrones normativos. La valoración de la prueba es una valoración normativamente condicionada. Ya no se trata de constatar el hecho H (por ejemplo, que tal bala salió de tal pistola), sino de interpretar el hecho H dándole el significado de ensañamiento. En el mundo, “ahí afuera” hay balas y pistolas y disparos y corazones atravesados por proyectiles, pero no hay ensañamiento. El de ensañamiento es un concepto normativo y la prueba de la concurrencia del ensañamiento es una prueba por señales, por así decir: queda probado el ensañamiento cuando concurren los hechos empíricos H₁...H_n que normativamente operan, aquí y ahora, como significando o indicando ensañamiento. Y lo que digo para el ensañamiento sirve para cualquier hecho psíquico, pues para el Derecho, que no es ciencia empírica, los hechos psíquicos valen como hechos normativos, de modo un tanto similar a lo que antes se dijo de los hechos institucionales”²¹.

Me parece que hay algunas dificultades en este razonamiento: En primer lugar, quizá el ejemplo del “ensañamiento” no sea el más adecuado, porque es un término estrictamente técnico, creado por el Derecho (el sentido jurídico de ensañamiento es más estricto que el sentido habitual), por lo que en última instancia plantea un problema de

²¹ García Amado, J.A. “¿Hay en materia de hechos y de su prueba una única respuesta correcta en Derecho?”, en <http://garciamado.blogspot.com.es/2013/05/hay-en-materia-de-hechos-y-de-su-prueba.html>

calificación, y no -o no sólo- de prueba²². Lo que habría que mostrar es que la prueba de la intención de provocar un sufrimiento innecesario es normativa. En segundo lugar, los hechos psíquicos no son los únicos hechos que se prueban por medio de presunciones (en eso consisten los indicios-tipo) a partir de indicios, sino que esto también ocurre con hechos externos (por ejemplo, el fallecimiento de una persona desaparecida), y sería difícilmente admisible negar que éstos existan u ocurran realmente. En tercer lugar, que un hecho se pruebe por medio de presunciones no nos autoriza a decir sin más que al Derecho no le interesa si en realidad ocurrió o no ni lo convierte en un hecho normativo o institucional. Esto dependerá de la presunción de la que se trate. Como sabemos, hay presunciones que se fundamentan en máximas de experiencia y buscan asegurar la verdad y presunciones que se fundamentan en la medida en que son eficaces para proteger un valor no cognoscitivo. Y, además, las presunciones pueden admitir o no prueba en contrario. Si una presunción trata de proteger un valor no cognoscitivo y no admite prueba en contrario, podríamos decir que efectivamente está prescindiendo por completo de la realidad y podemos verla como una regla constitutiva que crea un hecho institucional²³. En caso de que su fundamento y su finalidad sea cognoscitivo y admita prueba en contrario seguramente no es lícito pensar que al Derecho no le importa la realidad: le importa y quiere asegurarla. El resto de casos (fundamento cognoscitivo sin admitir prueba en contrario y fundamento en otro valor admitiendo prueba en contrario) probablemente haya que situarlos entre uno y otro. En definitiva, debe distinguirse entre el fundamento y la finalidad de los indicios-tipo y su fuerza. Los primeros son epistemológicos; la segunda, normativa (no teórica). Mientras se mantenga un fundamento y una finalidad cognoscitiva, la prueba de estos hechos no es una cuestión desconectada de la realidad.

Las presunciones que la jurisprudencia ha ido introduciendo para la prueba de los hechos psicológicos, por lo general, son derrotables, no cubren todos los supuestos en los que necesitamos probar hechos psicológicos y, en mi opinión, se basan en máximas de experiencia. Probar esto último con carácter general (para todos los hechos mentales)

22 Esto se ve de manera muy clara en los casos con jurado: los jurados se pronuncian sobre los hechos en el veredicto (por ejemplo, el magistrado-presidente les pregunta si han quedado probados los hechos de los que puede inferirse la alevosía, el ensañamiento, etc. y es en la sentencia donde el magistrado los califica como tales). Puede preguntarles, por ejemplo, si el acusado provocó a la víctima un sufrimiento innecesario. Agradezco a Mercedes Fernández López este comentario.

23 Véase Aguiló Regla, J, *Presunciones, verdad y normas procesales*, págs. 25 y ss.

excede el propósito de este artículo, pero sí lo he intentado en otros trabajos a propósito de la prueba de la intención²⁴. En mi opinión, una gran mayoría de indicio-tipo para la prueba de la intención se basan en la máxima (que he llamado Principio de Racionalidad Mínima)²⁵ de que cuando un agente actúa intencionalmente realiza la acción que cree —a la luz de su evaluación de la situación en el momento en que actúa— más adecuada para lograr el fin que persigue. Por lo tanto, el Derecho nos hace presumir que si se escogen los medios más adecuados para un determinado fin, entonces es que el sujeto quería ese fin. Aunque este argumento no es concluyentemente válido su fuerza descansa en que la mejor explicación que tenemos de que el sujeto haya realizado las acciones A adecuadas para el fin F es que desea ese fin. Además, la validez de esta máxima descansa en nuestra experiencia: Para lograr nuestros objetivos necesitamos coordinar nuestras acciones con la de otros, predecir su comportamiento, determinar si fue intencional o no, etc. Un gran número de estas atribuciones de intenciones parecen exitosas, en el sentido de que logramos ajustar nuestra conducta a la de los demás y conseguir de esa manera nuestros objetivos. Si falláramos demasiado a menudo la vida en sociedad sería imposible. Esta fiabilidad “en general”, contrastada a través de nuestras experiencias, permite tener cierta confianza en nuestros criterios y procedimientos de atribución de intenciones.

IV. PRUEBA Y RELATIVIDAD CONCEPTUAL

1. Verdades relativas.

El último problema que quisiera discutir está en conexión con el tercer tipo de inferencia probatoria: la inferencia probatoria interpretativa. Como hemos visto, en ocasiones probar un hecho consiste en mostrar que determinados eventos pueden interpretarse (clasificarse) como un caso de uno u otro tipo de hecho. Por ejemplo, supongamos que hemos probado que todos los sujetos que desarrollaron la enfermedad S habían ingerido la sustancia C, pero no todos los que habían ingerido la sustancia C desarrollaron la enfermedad S. ¿Es C causa de S? Probar que C es causa de S requiere un concepto de

²⁴ González Lagier, D. *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, cap. VI.

²⁵ González Lagier, D. *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, págs. 150 y ss.

causa. Dicho de otra manera, la verdad del enunciado "C es causa de S" (como la verdad de enunciados como "A tenía la intención de hacer x", "A omitió z", etc.) depende de los conceptos que aceptemos. Si esto es así, la verdad de las afirmaciones sobre un hecho (y, por tanto, que lo consideremos probado o no) es relativa a la red conceptual con la que tratamos de comprender el mundo. "Qué verdades haya depende de qué conceptos empleemos", dice Jesús Mosterín²⁶. Esto plantea inmediatamente un problema de objetividad: si los conceptos varían, el resultado de la prueba varía. Con las mismas pruebas podemos obtener resultados probatorios distintos cambiando solamente la definición de los conceptos que usemos. "C causó S" es verdad con un concepto que asimila las relaciones causales a condiciones necesarias y no lo es con un concepto que las asimila a las condiciones suficientes. La verdad ya no depende sólo de cómo es la realidad, sino también de nuestros esquemas de interpretación de la realidad. Es más, no sabemos cómo es la realidad independiente de nuestros conceptos. Y más aún, la existencia de una realidad con una estructura ontológica independiente de nuestros conceptos es algo que no podemos probar.

Esta pérdida de la objetividad afecta a la noción de verdad como correspondencia con la realidad, de una manera que el cognoscitivismo en la teoría de la prueba me parece que no ha advertido. Cuando decimos "es verdad p", siendo "p" un hecho con un grado alto de interpretación, ya no estamos diciendo sin más que en la realidad ha ocurrido un hecho "p", sino que estamos diciendo que en la realidad ha ocurrido un hecho "p" para los aceptantes del esquema conceptual x, pero no necesariamente para los aceptantes de un esquema conceptual distinto. Por tanto, un hecho puede existir bajo un esquema conceptual y no existir bajo otro. La teoría de la verdad como correspondencia debe ser reinterpretada: sólo hay correspondencias una vez aceptado un esquema conceptual. Es una correspondencia "bajo un esquema conceptual". Una de las propiedades importantes del concepto tradicional de verdad como correspondencia es que la verdad aparece como única y objetiva: o hay o no hay correspondencia entre el enunciado y la realidad. Pero una "verdad" relativa a un esquema conceptual pierde esta propiedad: bajo esquemas conceptuales distintos e incompatibles entre sí podemos

26 Mosterín, Jesús, *Conceptos y teorías en la ciencia*, Madrid, Alianza Editorial, 2003, pág. 16. Podemos pensar en una línea continua con un extremo donde se sitúan los hechos puros (menos cargados de interpretaciones) y otro donde se sitúan los hechos con una mayor carga interpretativa. Pero en realidad no existen hechos completamente puros, porque incluso nuestras percepciones están ya mediatizadas por conceptos.

hablar de enunciados contradictorios que, sin embargo, son simultáneamente verdaderos (cada uno bajo su esquema conceptual). ¿En qué puede consistir, entonces, la "objetividad" del concepto de verdad, si es que retiene alguna?

2. El realismo interno y el concepto de verdad

Este tipo de cuestiones, de larga raigambre filosófica, ha experimentado una revitalización (hasta el punto de haberse convertido en uno de los temas centrales de la agenda filosófica actual) con la obra del filósofo Hilary Putnam. Putnam es importante para nosotros por su intento de armonizar el relativismo conceptual con un cierto grado de objetividad y por su reinterpretación en términos pragmáticos del concepto de verdad. Putnam, que había sido un realista clásico, a partir de los años 70 rechazó lo que él llamó el realismo metafísico y defendió un nuevo tipo de realismo (al que llamó realismo interno o pragmático), que pretende ser una vía distinta a la del realismo tradicional y a la del relativismo cultural²⁷.

Putnam caracteriza el realismo metafísico a partir de tres ideas:

- 1) El mundo consiste en alguna totalidad determinada de objetos independientes de la mente (realismo ontológico).
- 2) Hay exactamente una descripción verdadera y completa de cómo es el mundo (realismo epistemológico).
- 3) La verdad es alguna clase de correspondencia entre palabras o pensamientos y cosas del mundo o clases de cosas del mundo (realismo semántico).

En opinión de Putnam, el realismo metafísico es erróneo porque presupone un punto de vista externo -el punto de vista "del Ojo de Dios"-, como si fuera posible una descripción del mundo desprendida de toda perspectiva. Frente a este realismo, Putnam sostiene que existen muchas formas distintas de describir e interpretar el

²⁷ Pueden verse, entre otras, las siguientes obras de Putnam: *Meaning and the Moral Sciences*, Routledge & Kegan Paul, 1978; *Reason, Truth and History*, Cambridge University Press, 1981; *Realism and Reason. Philosophical Papers*, vol. 3, Cambridge University Press, 1983; *The Many Faces of Realism*, La Salle, Ill.: Open Court, 1987; *Realism with a Human Face*, Cambridge, Mass.: Harvard University, 1990.

mundo y que no podemos decir que sólo una de ellas sea legítima (rechazando, por tanto, la tesis 2), lo que le lleva a sostener a su vez que los objetos y los hechos varían con las teorías o esquemas conceptuales, esto es, no existen con independencia de las teorías (rechazo de la tesis 1). Aunque existe un mundo "objetivo", éste no posee una estructura ontológica dada, sino que ésta es construida con nuestros esquemas conceptuales: "nosotros cortamos el mundo en objetos cuando introducimos uno u otro esquema de descripción"²⁸.

El relativismo conceptual también parece implicar el rechazo de la teoría de la verdad como correspondencia a la manera tradicional. Puesto que no hay objetos independientes de la mente, dice Putnam, no puede haber una correspondencia entre nuestras teorías y los objetos independientes de la mente. Lo que sí hay son verdades internas a cada esquema conceptual o verdades pragmáticas.

En su opinión, estos tres postulados (relativismo conceptual, relativismo ontológico y rechazo de la teoría de la verdad como correspondencia) son necesarios para reubicar el realismo, sacándolo de su posición ingenua e introduciendo en él un necesario elemento pragmático. Pero el realismo interno tampoco es un relativismo radical según el cual el mundo es creado sin criterios por nuestra cultura. ¿Qué queda de genuino realismo en el realismo pragmático de Putnam? Queda el hecho de que, una vez elegido un esquema conceptual, qué hechos y objetos existen ya no es una cuestión de decisión, ya no es convencional. Lo único que podemos hacer es escoger las teorías y los conceptos; una vez hecho esto, la verdad deja de ser convencional y se nos impone (como explica Diéguez Lucena: "una vez elegido el marco conceptual, hay 'hechos externos' que nos dicen cuales son los objetos que hay, o dicho de otro modo, una vez elegido el marco conceptual, 'los objetos caen intrínsecamente bajo ciertas etiquetas'; si elegimos utilizar el concepto de estrella tal como lo empleamos en astronomía, Sirio cae entonces, queramos o no, bajo ese concepto; la referencia no está, pues, indeterminada"²⁹). Y queda también el hecho de que no todas las teorías y conceptos se ajustan a nuestras intuiciones (es decir, cualquier esquema conceptual no sirve para reconstruir nuestras intuiciones sobre el mundo) ni son adecuados para nuestros fines, porque no

28 Putnam, H., *Reason, Truth and History*, pág. 52.

29 Diéguez, Antonio, *La relatividad conceptual y el problema de la verdad: bases para un realismo ontológico moderado*, *Contrastes*, Vol. XII (2007), pág. 72.

es la mente la que construye el mundo a partir de la nada, sino que éste es un producto de la mente y de la realidad conjuntamente.

3. El realismo pragmático en el Derecho

La discusión filosófica tiene una profundidad que excede el problema de la relatividad de la prueba respecto de los conceptos usados, y además es posible que el realismo interno de Putnam sea "demasiado poco realista" para explicar cuestiones como la eficacia de las teorías científicas o el progreso científico. Aún así, puede servirnos para entender en qué pueden consistir los criterios de corrección de los conceptos que estamos discutiendo.

La idea de que un hecho exista bajo un esquema conceptual y no exista bajo otro puede parecer inicialmente muy perturbadora para el Derecho. La presunción de inocencia no parece admitir que digamos "x realizó la acción A bajo este esquema conceptual, pero no bajo este otro", salvo que podamos mostrar que se trata del esquema más justificado. Pero me parece que la lección del realismo pragmático consiste en la advertencia de que la justificación de un esquema conceptual no es una cuestión absoluta (no hay una única manera de ver el mundo que sea, sin más, la mejor), sino que se trata también de una cuestión relativa: consiste simplemente en la adecuación de ese esquema conceptual para determinados fines e intereses. Dicho de otra manera, no se trata de mostrar que un esquema conceptual debe estar más justificado que otro en abstracto. Hay esquemas conceptuales que no entran en conflicto, simplemente porque los intereses o finalidades para los que tratan de ser eficaces son distintos. Lo que hay que mostrar es que se trata del esquema conceptual más justificado si se quieren alcanzar los fines que el Derecho pretende alcanzar. Nuestros objetivos determinan nuestros conceptos y nuestros conceptos determinan (junto con la realidad) nuestros juicios de verdad. Esto implica dos cosas: En primer lugar, que no hay una respuesta única a la pregunta acerca de cuál es el concepto correcto de causalidad, de acción o de intención. El concepto apropiado para los científicos o los filósofos no tiene por qué serlo para el Derecho. En segundo lugar, que la objetividad no consiste en la supremacía de un esquema conceptual sobre otro, sino en su adecuación a los fines que perseguimos.

El Derecho pretende guiar la conducta de los individuos y para ello necesita adscribir responsabilidad por acciones realizadas por ellos en el mundo. Los conceptos que nos interesan para la prueba judicial de los hechos (acción, causalidad, intención, etc...)

deben cumplir la función de mediar entre los datos empíricos ofrecidos por la realidad y las calificaciones jurídicas ofrecidas por las normas, con el fin de posibilitar la aplicación de éstas últimas. Tienen, por tanto, una finalidad que en última instancia es práctica o normativa y dependen de nuestras intuiciones normativas y valorativas acerca de cómo debe ser una adscripción de responsabilidad justa. Pero también tienen que reconstruir de una manera aceptable la realidad en la que viven los sujetos destinatarios de las normas (porque eso es parte de nuestras intuiciones acerca de cómo adscribir responsabilidad). Dicho de otra manera, estos conceptos están a medio camino entre una finalidad teórica y una finalidad práctica. Por ello, en mi opinión, tienen dos tipos de condiciones de corrección: por un lado, las que impone su pretensión de captar el mundo (o la percepción habitual en la realidad social de los hechos que pretenden definir); por otro lado, las que le impone su pretensión de servir para una adscripción justa (de acuerdo con nuestras intuiciones) de responsabilidad³⁰.

Esto tiene varias consecuencias. Algunas de ellas son las siguientes:

1) Podemos distinguir dos tipos de desacuerdos acerca de la definición de conceptos como los de acción, causalidad, intención, etc. en contextos jurídicos: desacuerdos puramente teóricos, acerca de cómo reconstruir el concepto correspondiente para maximizar su adecuación al lenguaje ordinario; y desacuerdos valorativos, acerca de cómo construirlos para que permitan una mejor aplicación del Derecho (esto es, una aplicación del mismo más ajustada a nuestras intuiciones, creencias morales, sentido del Derecho, etc.).

2) Las discusiones sobre estos conceptos y teorías acaban siendo en parte dependientes de aspectos normativos o valorativos y acaban sujetas a nuestras prácticas, valores, intuiciones sobre la justicia, interpretaciones del Derecho, etc. En este sentido, los hechos identificados por medio de esos conceptos son hechos normativos (recuérdese la discusión con García Amado a propósito de los hechos psíquicos), pero eso no quiere decir que sean ficciones, que dejen de ser hechos de la realidad. Su conexión con la

30 Este último conjunto de criterios es evidente, por ejemplo, en las discusiones de los penalistas acerca de cuál es el concepto de causalidad o el de intención más adecuado: algunos se rechazan por sobreincluyentes (permiten adscribir responsabilidad en supuestos en los que nos parece contraintuitivo hacerlo), otros por infraincluyentes (no permiten adscribir responsabilidad en supuestos en los que nos parece intuitivo hacerlo), etc.

realidad es doble: En primer lugar, una vez fijado el esquema conceptual impregnado de nuestras normas y valores (y suponiendo la posibilidad de eliminación de toda vaguedad), ya no es asunto de decisión si algo es o no una intención o una relación causal y, por tanto, tiene todavía sentido decir que esos hechos son verdaderos o falsos y que su verdad o falsedad no son simples decisiones nuestras. En segundo lugar, el Derecho no puede construir conceptos totalmente desconectados de otros esquemas conceptuales: lo que entiendan por intención o por causalidad los juristas no puede ser algo irreconocible desde el punto de vista del lenguaje común.

3) Consiguientemente, los hechos identificados a partir de tales conceptos son una amalgama de cuestiones fácticas y valorativas.

4) Al estar orientados a la aplicación del Derecho, las definiciones o teorías de los juristas acerca de estos conceptos no tienen por qué coincidir plenamente con las ofrecidas por los científicos, los filósofos u otras perspectivas (que han de ajustarse a una finalidad distinta). Los juristas pueden aprender de los análisis conceptuales de los filósofos aspectos muy importantes de conceptos como acción, causalidad, etc. (sobre todo para satisfacer los criterios de corrección que tienen que ver con la adecuación a la realidad), pero estos análisis no pueden constituir la última palabra para el jurista. Son esquemas conceptuales distintos.

5) La identificación de qué verdades hay no consiste sin más en una correspondencia entre nuestras creencias y la realidad, sino en la correspondencia entre nuestras creencias y la realidad bajo un esquema conceptual justificado como el medio más eficaz para alcanzar los fines que persigue la institución que genera ese esquema conceptual.

6) Es tarea de los juristas teóricos mostrar que los conceptos de la práctica jurídica están justificados desde el anterior punto de vista.