

## Lección 25

### LA APLICACIÓN DEL DERECHO

#### 1. Características de la interpretación aplicativa

En la cultura jurídica moderna puede considerarse asentada la distinción entre creación y aplicación del Derecho. Aunque ya hemos visto que dicha distinción no puede formularse en forma tajante, cabe decir que la creación de Derecho consiste en la formulación de normas más o menos generales dotadas de eficacia general o *erga omnes*, mientras que la aplicación se orienta a la resolución de los casos o controversias particulares con arreglo a lo establecido en tales normas. La aplicación presupone, por tanto, la existencia de unas normas preconstituidas que han de ser interpretadas; y parece presuponer también una motivación o justificación que acredite que, en efecto, la decisión adoptada en el caso individual responde a lo establecido en las normas pertinentes. En otras palabras, existencia de normas jurídicas y motivación parecen los dos ingredientes fundamentales de lo que se conoce como aplicación del Derecho. Sin embargo, esto requiere alguna matización.

En relación con el primer aspecto, sin duda estamos acostumbrados a pensar en los rasgos característicos de los sistemas jurídicos de nuestros días, donde la aplicación del Derecho se encomienda a unas instituciones organizadas de forma jerárquica (los jueces y tribunales) y donde las normas que se aplican son precisas y conocidas (al menos en cierto grado). Sin embargo, no en todos los ordenamientos la aplicación del Derecho presenta esta fisonomía institucional; en ciertos contextos la resolución de los conflictos e incluso la imposición de castigos ha podido ser asumida de manera mucho más informal por individuos dotados de prestigio o autoridad dentro de la comunidad, sin formar una estruc-

tura organizada, y aplicando un Derecho consuetudinario inseguro o directamente creado *ex post facto*. En el Derecho islámico clásico, por ejemplo, las fuentes estaban formadas por las enseñanzas del Profeta (el Corán y la Sunna), interpretadas a la luz de alguna doctrina autorizada, mientras que el *cadí* o juez actuaba con notable independencia en la resolución de los casos.

Con todo, en el Derecho moderno aún se conserva una antiquísima institución que permite resolver cierto tipo de controversias no mediante jueces que aplican normas jurídicas, sino a través de árbitros elegidos por las partes y con arreglo a equidad, es decir, con arreglo a lo que se considera justo en el caso concreto (los árbitros decidirán «en cualquier manera que tuvieran a bien», decían las *Partidas*, 3,4,23). Naturalmente, el juicio de equidad sólo rige en la esfera del Derecho privado y en relación con materias de libre disposición; y, dado que supone una renuncia a la tutela judicial (art. 24 CE), requiere el acuerdo expreso de las partes. Todo ello aparece regulado en la Ley de Arbitraje.

Pero si la existencia de «norma previa» no es consustancial a la tarea de resolución de los casos particulares, menos todavía lo es la motivación de las decisiones. En el Antiguo Régimen fue muy corriente que los jueces no motivaran los fallos, e incluso que se prohibiera expresamente dicha práctica, como hizo por cierto Carlos III en 1778. Al parecer, esa negativa a motivar pudo obedecer a dos causas, que es interesante recordar ahora porque puede iluminarnos sobre el significado de la institución. La primera, afirmar el carácter absoluto e incondicionado del poder real y, por tanto, de todos sus delegados, incluidos los jueces, que aparecen así como meros ejecutores de la voluntad omnipotente del soberano. Y la segunda, cercenar el poder normativo de los propios jueces, dado que lógicamente una decisión sin motivar no puede servir de orientación, y menos ser vinculante para futuras controversias, no puede crear «estilo» o jurisprudencia.

La motivación se vincula así a la justificación racional y, como vimos, representa una de las diferencias esenciales entre juez y legislador. La motivación es *justificación*, exposición de «las razones que el órgano en cuestión ha dado para mostrar que su decisión es correcta o aceptable» (Atienza); cabe decir que representa la garantía de cierre de un sistema que se pretende racional (Ferrajoli). Por eso, «interdicción de la arbitrariedad y obligación de motivar son el anverso y el reverso de la misma medalla» (Igartua). Todo ello es particularmente cierto si tenemos en cuenta que los resultados de la interpretación del Derecho distan de ser evidentes e incontrovertidos; si tenemos en cuenta, como observa Alexy, que cada día es más difícil sostener aquella vieja imagen de la decisión jurídica como una especie de conclusión lógica a partir de

normas vigentes indubitadas y de enunciados empíricos verdaderos. Sólo necesita justificación aquello que no es evidente ni arbitrario; si el sentido de las decisiones judiciales ya no se muestra evidente, y sus autores tampoco quieren aparecer como arbitrarios, entonces parece lógico que hayan de ganar la legitimidad a través de su actuación, es decir, en el iter que conduce desde la inicial información fáctica y normativa a la resolución o fallo; un iter que se resuelve en un intento de justificación tanto de las premisas como de su desarrollo.

Esta idea de un iter o camino que conduce desde la norma y los hechos a la decisión puede sugerir que la motivación tiene que ver con los procesos mentales del juez; y a ello coadyuva la semántica del propio vocablo «motivar», que parece aludir a motivos, impulsos o causas más que a razones de justificación. Sin duda, dicho proceso mental existe y en él pueden influir factores muy variados entre los que no cabe excluir las intuiciones, la cultura, los prejuicios o las pasiones del juez; factores que pueden determinar el fallo al margen de su ulterior justificación, de manera que —y esto se dice con frecuencia desde perspectivas realistas— primero se decide y luego se razona. Por otra parte, también es cierto que, como ha puesto de relieve la hermenéutica, el proceso de aplicación del Derecho no es un proceso lineal y sin retrocesos, sino más bien un círculo argumental de preguntas y respuestas que va de la realidad a la norma y regresa de la norma a la realidad, todo ello presidido por una precomprensión cultural. Insisto, estas consideraciones pueden resultar acertadas y tal vez la psicología o la sociología judicial pudieran arrojar alguna luz sobre el particular. Pero la motivación no consiste en esto, no consiste en sacar a la luz ningún proceso mental, sino en argumentar racionalmente para justificar una decisión aplicativa.

Por eso, parece aquí pertinente recordar la distinción, procedente de la filosofía de la ciencia, entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación: una cosa es descubrir y otra justificar el descubrimiento. Del mismo modo que un científico puede acceder a una conclusión acertada guiándose por la intuición o, simplemente, de forma casual, en la decisión judicial pueden pesar elementos psicológicos o culturales, experiencias o intuiciones de muy difícil contrastación. Pero al igual que el científico ha de «demostrar» su descubrimiento mediante patrones racionales, así también el aplicador del Derecho ha de justificar su decisión de un modo racional.

La motivación no consiste, pues, en mostrar o sacar a la luz el proceso mental seguido por el juez, entre otras cosas tal vez porque ello sería imposible habida cuenta de que no todo lo que puede tener alguna influencia resulta racionalizable e incluso consciente. Pero eso tampoco

significa, como advierte Gascón, que pueda defenderse un absoluto divorcio entre descubrimiento y justificación; no significa que a la decisión se pueda llegar de cualquier manera a condición de que luego se revista con ropajes de racionalidad. En primer lugar, hay que tener en cuenta que el proceso judicial de averiguación de los hechos y de interpretación de las normas es un proceso reglado en el que «no vale todo». Pero también, en segundo lugar, porque una decisión que ha de justificarse racionalmente ha de obtenerse también, al menos en parte, por los mismos medios; o, dicho de otro modo, el juez tampoco puede «descubrir una verdad que luego no esté en condiciones de justificar [...] mediante unos mismos patrones de racionalidad; y, para ello, necesariamente, habrá de hacer uso de tales patrones en el propio proceso de averiguación de la verdad» (Gascón).

Ahora bien, ¿qué es lo que hay que justificar y cómo ha de hacerse? La aplicación del Derecho no tiene por objeto descubrir alguna verdad científica, ni tampoco formular una solución práctica acorde con alguna moral ideal, sino adoptar una decisión que ha de ser correcta a la luz de un particular sistema jurídico. Se trata, pues, de justificar una decisión aplicativa del Derecho a un caso concreto y, por tanto, que pretenda inferirse de una premisa normativa y de una premisa fáctica. En esta tarea es corriente distinguir dos aspectos o fases diferentes: la justificación externa (o de segundo orden) de las premisas que sirven de fundamento al juicio: *a*) el artículo 138 del Código penal vigente establece que quien matare a otro es reo de homicidio; y *b*) se considera probado que Tizio ha matado a Cayo. Y la justificación interna (o de primer orden) que consiste en una inferencia que sirve como conclusión del silogismo: Tizio debe ser castigado como reo de homicidio. Para que la decisión sea correcta es preciso que efectivamente esté vigente la norma en cuestión y que sea aplicable al caso, lo cual supone que los hechos que se dan como probados sean verdaderos y se ajusten a la descripción fáctica contenida en la norma. Sobre esto (la justificación externa) volveremos más tarde.

La justificación interna presupone, pues, un razonamiento deductivo a partir de una premisa normativa (el precepto de la ley) y de una premisa fáctica o cognitiva (los hechos probados) y ello plantea la cuestión de si la lógica es aplicable al Derecho, esto es, si a partir de tales premisas es posible obtener una conclusión lógica. El problema es que la lógica trata con proposiciones respecto de las cuales cabe predicar su verdad o falsedad, pero las normas no son verdaderas ni falsas. ¿Cómo decir entonces que una decisión jurídica constituye una deducción lógica si precisamente parte de una premisa normativa? Éste es el llamado dilema de Jörgensen: o rechazamos que pueda existir una lógica de las

normas, o modificamos la noción de lógica a fin de construir una lógica específica de las normas.

No procede aquí dar cuenta de las distintas respuestas que se han ensayado para resolver este dilema. En lo que sí parece existir acuerdo es en que un rechazo rotundo a la aplicación de la lógica al Derecho sin ensayar alternativas de racionalidad resulta insatisfactorio y contraintuitivo. Es insatisfactorio porque si la lógica deductiva a partir de proposiciones verdaderas es el único camino de la racionalidad y no puede ser seguido por el aplicador del Derecho, entonces resultaría que cualquier decisión que se adoptase ostentaría el mismo estatus de irracionalidad. Y por ello mismo es contraintuitivo, porque si aceptamos que algunas soluciones son correctas y que otras no lo son, parece que algún procedimiento de control ha de existir. Ya sea sosteniendo una aplicación *indirecta* de la lógica a las normas, ya trazando un paralelismo entre la verdad de las proposiciones y la validez de las normas, la justificación interna puede ser presentada, y de hecho habitualmente se presenta, en términos deductivos: si hay una norma válida en el sistema que ordena castigar el homicidio y se acredita que Tizio es un homicida, entonces la conclusión de que «Tizio debe ser castigado» resulta ser una conclusión difícilmente discutible.

Por otro lado, como ha observado Mendonça, en el ámbito teórico hay que distinguir entre verdad y validez; un razonamiento puede ser válido y sin embargo dar lugar a conclusiones falsas si sus premisas también lo son. Del mismo modo, en la esfera práctica o jurídica la validez del razonamiento tampoco asegura la corrección, bondad o justicia de su resultado, ya que para ello sería necesario que sus premisas también lo fuesen. Esto significa que la corrección del razonamiento (su justificación interna) no descansa en la verdad o justificación de sus premisas (que eventualmente pueden ser falsas o no justificadas), sino en que realice una adecuada inferencia deductiva: el razonamiento jurídico puede así «ser reconstruido como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas, normativas y fácticas, se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables a un caso particular» (Alchourrón y Bulygin).

Por eso, en realidad los problemas de la motivación vienen más bien del lado de la justificación externa, es decir, de la fundamentación de las premisas normativa y fáctica. Aquí ya no estamos en presencia de un razonamiento deductivo, sino de una doble argumentación dirigida a justificar la elección e interpretación de la norma aplicable y la fijación de los hechos que se consideran probados. De ello nos ocuparemos seguidamente.

## 2. La justificación de la premisa normativa

Aplicar el Derecho significa resolver un caso individual de acuerdo con los criterios que suministra una norma jurídica. Esto sugiere que la premisa mayor del razonamiento nos viene dada por el propio sistema; por así decirlo, que la premisa normativa es un enunciado perfecto y acabado que el intérprete tan sólo ha de recordar. Pero las cosas pueden ser y suelen ser más complicadas. Dos son los problemas fundamentales: decidir que la norma puede ser usada de acuerdo con las reglas del sistema; y que debe ser usada precisamente en el caso contemplado al formar éste parte del supuesto de aplicación de la norma.

El primer problema encierra en realidad un amplísimo catálogo de dificultades, que en líneas generales ya ha sido examinado. Recordemos: ante todo, es preciso que el ordenamiento nos suministre una norma adecuada al caso o, lo que es equivalente, que no nos hallemos en presencia de una laguna, pues si así fuera el primer paso habría de consistir en «crear» la norma pertinente. Seguidamente, se ha de comprobar que la norma seleccionada resulte formal y sustancialmente válida, esto es, básicamente, que haya sido producida por un órgano competente, de acuerdo con el procedimiento prescrito, y que resulte conforme o que no vulnere lo establecido en normas superiores. Más tarde, se ha de interpretar la norma, atribuyéndole un significado, con todo lo que ello supone. Y, en fin, pueden surgir otros problemas, singularmente las antinomias, que obligan a *elegir* entre algunas de las normas en conflicto.

Adviértase que, si bien suele existir una correspondencia entre validez y aplicabilidad (la premisa mayor debe ser una norma válida), puede haber supuestos en que se rehúse aplicar una norma válida; por ejemplo, en caso de antinomia hemos de elegir una norma, de manera que la otra, que resulta ser aplicable también, queda postergada. Como, a la inversa, el juez puede ser llamado a la aplicación de una norma que no pertenece al sistema; esto es lo que ocurre en caso de laguna, pero también cuando procede aplicar una norma derogada o que pertenece a otro sistema y que, sin embargo, debe ser tomada en consideración en virtud de las normas de Derecho Internacional Privado.

Naturalmente, la individualización de la norma aplicable aparece condicionada por la previa determinación, siquiera provisional, de los hechos sobre los que se ha de decidir. Además, con frecuencia la que va a ser premisa mayor del razonamiento judicial no se obtiene directamente de una sola disposición o artículo de la ley, sino que requiere verificar una tarea de combinación de distintos enunciados, conjugando normas dispersas y recomponiéndolas para obtener el resultado final de la «ley adecuada al caso». La formación de un «grupo normativo» impli-

ca elegir ciertos enunciados y rechazar otros de acuerdo con criterios no siempre regulados.

Individualizada e interpretada la norma aparece un segundo problema que es determinar su ámbito de aplicación, esto es, resolver si el caso individual que nos interesa forma parte del universo de casos a los que ha de aplicarse la consecuencia normativa. Visto desde una perspectiva contraria, se trata de calificar los hechos como pertenecientes al supuesto contemplado en la norma o, como suele decirse, de «subsumirlos». Es aquí donde aparecen las ya conocidas dificultades de vaguedad y textura abierta: nuestro caso puede formar parte del núcleo de certeza o de la zona de penumbra, y en este último caso la formación de la premisa normativa incluirá mayores dosis de discrecionalidad.

Permítaseme volver a un ejemplo que ya conocemos: el artículo 16.1 CE reconoce la libertad ideológica y religiosa, y nos interesa saber la calificación normativa de una conducta como pueda ser asistir a misa. Aquí nos movemos en el núcleo de certeza: asistir a misa está permitido y además, al formar parte del derecho fundamental de libertad religiosa, goza de la especial tutela que a ésta se brinda. Pero supongamos que nos interesa saber si acciones como vestir de una determinada manera, llevar turbante, rehusar algún tratamiento médico o sacrificar los animales de cierta manera constituyen también una modalidad de ejercicio de la libertad religiosa. Ahora, de acuerdo con nuestras tradiciones culturales, la respuesta puede que ya no resulte tan sencilla y la tarea de «concretar» el alcance del precepto constitucional implica situarse en la zona de penumbra. Aceptemos una respuesta afirmativa: usar turbante forma parte del contenido de la libertad religiosa y, por tanto, la acción debe calificarse como permitida a la luz de un derecho fundamental. Ésta será la premisa mayor de nuestro razonamiento: la acción de llevar turbante es lícita o está permitida, lo cual por cierto no significa todavía que esté *definitivamente* permitida (porque pueden concurrir en el caso otras normas que prohíban o que impongan comportamientos incompatibles con la conducta en cuestión; recuérdese cuanto se dijo al hablar de la ponderación).

### 3. La justificación de la premisa fáctica

La que venimos llamando premisa menor del razonamiento judicial no tiene por qué tener naturaleza fáctica: puede ser también una norma, como sucede en el juicio de inconstitucionalidad, donde lo que se trata de comprobar es si existe una antinomia entre el contenido de una ley y un mandato constitucional; o en el juicio sobre la legalidad de un regla-

mento. Sin embargo, lo más común, y lo que ahora nos interesa, es que esa premisa tenga carácter fáctico. En suma, lo que generalmente se conoce por «aplicación del Derecho» consiste en resolver un cierto caso a la luz de una norma jurídica, en cualificarlo normativamente, y para ello es imprescindible «fijar» o perfilar los hechos que constituyen nuestro «caso».

Ésta es una dimensión del razonamiento judicial tradicionalmente descuidada por la doctrina, no se sabe muy bien si porque se consideraba que la tarea era tan sencilla y abierta a la evidencia que no requería mayor explicación, o si por todo lo contrario, porque se entendía que ésta era una esfera irremediabilmente discrecional, cuando no por completo insondable como la conciencia subjetiva del juez, sobre la que poco se podía decir (Gascón). Ninguna de estas dos posiciones resulta aceptable: justificar la premisa fáctica o, como suele decirse, «probar los hechos» dista de ser una labor sencilla, y con mucha frecuencia es aquí, y no en la premisa normativa, donde surgen los problemas y también, por cierto, donde de verdad se ventila la suerte del proceso. Pero esto tampoco significa que la *quaestio facti* esté presidida por la irracionalidad y la subjetividad y que no merezca desarrollar en torno a ella una teoría de la argumentación al menos tan refinada como la que se ha producido en torno a la *quaestio iuris*.

La expresión «prueba de los hechos» sugiere que en el proceso interpretativo se abre un capítulo por entero diferente, más cercano a las ciencias empíricas que al conocimiento y aplicación del Derecho; al fin y al cabo, «los hechos del Derecho» no dejan de ser hechos sociales como cualesquiera otros. Sin embargo, esto no es del todo exacto. Primero, lo que en el proceso se prueba no son directamente hechos, sino enunciados sobre hechos, esto es, se trata de probar si son ciertos los enunciados que se aportan a la causa a propósito de unos hechos. Segundo, tampoco se trata de cualquier tipo de hechos, sino sólo de aquellos que se consideran relevantes, siendo así que este juicio de relevancia se formula precisamente desde el Derecho: como se ha dicho gráficamente, «la realidad no habla, la ley la hace hablar» (Soler), ya que propiamente el juez no conoce hechos en bruto, sino hechos calificados merced a un proceso de selección dirigido desde la propia ley. Pero sobre todo, en tercer lugar, la averiguación y comprobación de los hechos no es una actividad «libre» en la que las partes o el juez puedan actuar del modo que consideren más adecuado para constatar la «verdad», tal y como haría un científico por ejemplo; es una actividad dirigida y gobernada desde el Derecho, que en ocasiones impone fuertes límites y restricciones a la actividad probatoria, tanto por lo que se refiere a los medios que pueden utilizarse, como a la forma o a los plazos que deben respetarse.

Sin embargo, las dificultades que presenta el juicio de hecho no derivan sólo de su carácter institucionalizado (cuyo estudio corresponde en todo caso al Derecho procesal), sino de los propios límites epistémicos que comporta cualquier conocimiento de hechos pasados acerca de los que sólo podemos tener información fragmentaria y a veces contradictoria, en todo caso indirecta. Ciertamente, en el marco del proceso el juzgador puede obtener algunas conclusiones mediante observación directa (la llamada inspección ocular, por ejemplo) o mediante inferencias deductivas en las que, siendo ciertas las premisas, lo son también necesariamente las conclusiones (así, si una prueba biológica está bien realizada, la certeza que ofrece es casi irrefutable). Pero la mayor parte de los enunciados probatorios se obtienen inductivamente, recurriendo a regularidades empíricas que únicamente pueden dar lugar a un conocimiento probable: que resulte cierto que un sujeto abandonó el lugar del crimen apresuradamente y con la ropa ensangrentada (lo que hay que probar) permite afirmar que probablemente fue él el autor del delito, pero, insisto, sólo probablemente. Por eso, «si la prueba quiere ser racional, debe estar guiada por reglas de una inducción racional; es decir, reglas que permitan aproximar, en la mayor medida posible, esos resultados a la verdad» (Gascón).

Esas reglas tienen que ver fundamentalmente con la llamada valoración de la prueba, es decir, con la asignación de un grado de verosimilitud a los resultados obtenidos a través de los medios de prueba. En este sentido, existen dos grandes modelos: el llamado de prueba legal o tasada, y el de libre convicción. El modelo de prueba legal fue propio del Derecho penal del Antiguo Régimen y, aunque bastante mitigado, sigue teniendo alguna relevancia en el ámbito civil: consiste básicamente en la asignación por parte del legislador de un determinado valor a cada una de las pruebas que pueden aportarse en el juicio. Por ejemplo, y pensando en el Derecho penal prebeccariano, «el testimonio coincidente de dos varones tiene el valor de prueba plena», de manera que el testimonio de uno solo supondría media prueba, y un cuarto de prueba si se tratase de una mujer. Este sistema (además de discriminatorio en este caso) resultaba absurdo y ridículo, como se encargó de poner de relieve la Ilustración jurídica, entre otras cosas por partir de una premisa falsa, y es que el grado de certeza o rendimiento cognoscitivo de cada medio de prueba (testimonial, documental, pericial, etc.) ha de ser siempre el mismo. Justamente, el tomar conciencia de que esto no es así, de que la «verdad jurídica» es siempre sólo probable y de que el rendimiento cognoscitivo de cada prueba es un factor variable, está en la base del segundo modelo, el de la libre convicción.

El modelo de la libre convicción no significa —conviene subrayar—

lo— que el juez pueda decidir de cualquier manera (libre), o que pueda fundar el fallo en la intuición o corazonada (convicción). La libre convicción no es un criterio positivo que nos indique los procedimientos adecuados para alcanzar la «verdad» (ni la corazonada, ni ningún otro); es sólo un principio o criterio negativo que, frente al modelo de prueba legal, impide dar por probado lo que el juzgador considera todavía no probado; como dice Ferrajoli, lo que llamamos *pruebas* «son condiciones necesarias pero nunca suficientes por sí solas para justificar la convicción de culpabilidad»; esa justificación requiere una correcta valoración de tales pruebas a fin de poder fundar racionalmente un enunciado acerca de los hechos controvertidos. Por consiguiente, es preciso dotarse de y hacer explícitos los criterios de valoración que permitan afirmar que una determinada hipótesis sobre los hechos ha alcanzado un grado de probabilidad suficiente. La libre convicción en sí misma no prueba nada; sólo ejerce la función de barrera frente al resultado de unas pruebas que no logren producir dicha convicción.

Pero si el modelo de la libre convicción no contiene ningún criterio positivo de valoración, sí encierra al menos un llamamiento a la racionalidad, pues en la medida en que «libre convicción» no quiera identificarse con «arbitraria convicción» es preciso desarrollar reglas o criterios capaces de justificar que aquello que se da como probado coincide efectivamente con la verdad de los hechos; o, más exactamente, que el resultado de las pruebas practicadas ofrece el mayor grado o, cuando menos, un grado de probabilidad suficiente. Se han señalado en este sentido tres requisitos a superar por las hipótesis probatorias (Gascón).

El primero puede denominarse «requisito de la confirmación»: una prueba confirma una hipótesis cuando entre ambas sea posible establecer un nexo causal, de manera que la existencia de la primera constituya una razón para aceptar la segunda; cuanto más claro y concluyente resulte ese nexo causal, mayor ha de considerarse la probabilidad o credibilidad de la hipótesis. Tratándose de una cuestión de grado, son varios los elementos a considerar: ante todo, el fundamento cognoscitivo de la relación entre un hecho probado y la hipótesis que se trata de confirmar; por ejemplo, en un delito por tráfico de drogas, el hecho de haber sido detenido con una importante cantidad de la sustancia prohibida ofrece un grado de certeza superior al que se obtiene por la posesión de una balanza de precisión o de elementos químicos para su mezcla y esto, a su vez, ofrece mayor credibilidad que la simple circunstancia de haber sido detenido el sujeto con una cierta cantidad de dinero en un lugar habitual de tráfico (lo que, en realidad, por sí solo no prueba nada). Asimismo, es fundamental la propia fiabilidad de la prueba practicada: un testimonio resulta, por ejemplo, menos fiable que una prue-

ha científica. Y, en fin, también ha de valorarse el número de inferencias que es preciso realizar para fundamentar una hipótesis: un testigo que dice haber visto en directo la comisión de un delito tiene más peso que aquel que sólo advirtió la presencia del sujeto minutos antes de realizarse el hecho, supuesto, claro está, que en principio se conceda la misma credibilidad a ambos. En suma, una hipótesis se verá tanto más confirmada cuanto mejor se explique a la luz de los hechos acreditados o, si se prefiere, cuanto menos factible resulte explicar hipótesis alternativas.

Un segundo requisito es el de la no refutación. Cualquier hipótesis pierde su fundamento si resulta refutada, es decir, si se acredita algún hecho que resulte incompatible con la verdad de la hipótesis. En el proceso penal la carga de la prueba recae sobre la acusación y ningún imputado ha de demostrar su inocencia, pero lógicamente, si lo hace, queda desvirtuada la hipótesis acusatoria.

Finalmente, cabe la posibilidad de que ninguna hipótesis aparezca confirmada o refutada de manera concluyente o que ninguna ofrezca el suficiente grado de probabilidad, o que hipótesis contrarias se encuentren en situación de empate. Es entonces cuando aparecen de nuevo criterios normativos o reglas legales de decisión que en puridad no prueban nada, pero que permiten al juez resolver en caso de duda: en el proceso penal el *in dubio pro reo* supone que si la hipótesis acusatoria, aunque no haya sido refutada, tampoco ha alcanzado la credibilidad suficiente de acuerdo con el modelo de libre convicción, entonces debe imponerse la hipótesis absolutoria (aunque también sea dudosa); y en el proceso civil las reglas sobre la carga de la prueba desempeñan un papel semejante, pues si quien debió probar no lo hizo en grado suficiente deberá prevalecer la hipótesis favorable a la otra parte.

Practicada y valorada la prueba, el juez debe motivar sus conclusiones. Si la cultura de la motivación en general ha tenido que recorrer un largo camino, el capítulo de la motivación de los hechos ha encontrado aun más dificultades, todavía hoy no del todo superadas. Ello probablemente tiene mucho que ver con una versión (equivocada) de la libre convicción, así como también con una concepción mentalista o psicologista del proceso probatorio: si el juez llega a una conclusión sobre los hechos a través de una intervención personal y directa insustituible (principio de intermediación), formándose su íntima e intransferible convicción mediante una valoración conjunta de las pruebas, ¿es posible y qué sentido tiene requerir un esfuerzo de justificación racional de cada una de las pruebas, así como un análisis pormenorizado de su rendimiento?, y, sobre todo en el caso de órganos colegiados, ¿cómo motivar un resultado al que cada juez o magistrado ha podido llegar de un modo diferen-

te? A lo sumo —venía a decirse— basta con un relato coherente, con una «buena historia».

Sin embargo, la motivación de la premisa fáctica presenta un relieve singular, pues precisamente es aquí donde el juez puede moverse con mayor libertad y, a mayor libertad, mayor ha de ser también la exigencia de justificación racional. Por eso, como dice Perfecto Andrés, «lo que está en juego en el campo de la motivación y, en particular, de la motivación de la decisión en tema de hechos es mucho más que una cuestión de grado —de más o menos— en la calidad de las resoluciones, es el ser o no ser racional del ejercicio de la jurisdicción, el ser o no ser de la jurisdicción misma». Por otro lado, la motivación satisface en el capítulo fáctico una sobresaliente finalidad de filtro sobre el propio proceso de verificación de los hechos o de construcción de las hipótesis probatorias. Porque sin duda los elementos que pueden concurrir a la hora de formar la libre convicción son muy variados e, inevitablemente, no todos han de resultar racionales o justificables; las intuiciones, los prejuicios e incluso la información «extraprocesal» o privada del juez pueden tener a veces un peso importante, aunque resulte inconsciente; un peso que debe ser eliminado. Justamente, el esfuerzo de motivación consistente en exponer pormenorizadamente las pruebas practicadas y el valor que se las atribuye, justificando las inferencias realizadas, permite eliminar del propio proceso cognoscitivo todas aquellas interferencias que no están en condiciones de ser motivadas; o, lo que es lo mismo, la motivación representa una última ayuda para eliminar los posibles rastros de irracionalidad.