

La sentencia judicial entre la recreación y la sustitución de los hechos

Por LAURA MIRAUT MARTÍN
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO: I. LA CIRCULARIDAD DE LA CUESTIÓN DE LOS HECHOS.—II. EL SIGNIFICADO DE LA FIJACIÓN DE LOS HECHOS EN EL PROCESO JUDICIAL.—III. LA PROBABILIDAD COMO CRITERIO DE VERDAD RELATIVA DE LOS HECHOS PROBADOS.

I. LA CIRCULARIDAD DE LA CUESTIÓN DE LOS HECHOS

La decisión jurídica es siempre una respuesta oficial a propósito de hechos. Se dirime en ella la concurrencia o la falta de concurrencia de los hechos, y en el primer caso se valora el sentido y las circunstancias en que éstos han concurrido. Pero en todo caso es en relación con los hechos, con su existencia o inexistencia, que se produce la sentencia. Los hechos son así, en palabras de Boukema, una especie de «prerrequisito» para la actuación del juez, puesto que «sin ellos no puede haber derecho»¹. Obviamente, el órgano judicial no tiene como misión atender a todos los hechos de la vida, sino precisamente a los hechos que aparecen descritos en los supuestos de hecho normativos. Esto es, los hechos a los que una disposición normativa o un conjunto de disposiciones normativas conectadas entre sí, le ligan una determinada consecuencia o efecto jurídico. Estos hechos adquieren así su carácter de propiamente hechos jurídicos².

¹ BOUKEMA, H. J. M., «Facts of Legal Reasoning», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1997, fasc. 1, p. 13.

² FALZEA, A., «Fatto giuridico», en Angelo Falzea, *Voci del teoria generale del diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1978 (anteriormente publicado en *Enciclopedia del diritto* Giuffrè Editore, Milano, 1967), p. 377, destaca entre las diversas acepciones

La sentencia representa en este sentido un tránsito desde el mundo de los hechos al del derecho, que tiene su punto culminante en la calificación jurídica de los hechos. Ésta constituye, en cierto modo, «el momento más exaltante del trabajo del juez»³, el momento en el que los hechos adquieren su significación jurídica plena como condición inexcusable para la determinación del contenido de la sentencia. Pero la calificación jurídica de los hechos presupone a su vez la determinación previa de cuáles han sido éstos y de cuáles han sido las circunstancias que han rodeado a su perpetración, lo que hace aun más condenable e inexplicable la «asimetría» entre la atención prestada en nuestros días por los científicos del derecho a las premisas normativas de la decisión jurídica y la que en general dedican a las premisas fácticas de la misma⁴. La determinación de los hechos, constituye así, al menos desde un punto de vista lógico, un «prius» con respecto a su calificación por parte del juez⁵. Es ésta la razón que explica la pervivencia en la cultura jurídica moderna de la distinción entre las cuestiones de hecho y las cuestiones de derecho. Distinción de trascendencia evidente en la configuración del sistema de recursos, al establecer determinadas barreras al cuestionamiento de los hechos que se dan por probados, e incluso en la determinación de los sujetos que han de ocuparse del análisis de las distintas cuestiones⁶.

Esta distinción, que a menudo es contemplada por la doctrina jurídica como «autoevidente»⁷, resulta, sin embargo, enormemente compleja y problemática⁸. Los planteamientos más realistas del funcionamiento del proceso judicial insisten en nuestros días en destacar la

de la expresión hecho jurídico que ésta y la que contrapone el hecho jurídico al acto jurídico son las acepciones dominantes en la teoría general del derecho. Conforme a la primera el hecho jurídico se presenta como «correlato de efecto» pudiendo definirse como «todo aquello a lo que una norma jurídica (una norma cualquiera del sistema positivo que se toma en consideración) le atribuye un efecto jurídico».

³ HALLEMANS, W., «Le juge devant la distinction du fait et du droit», en AA.VV. *Le Fait et le Droit. Etudes de Logique juridique*, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1961, p. 82.

⁴ MENDONCA, D., *Interpretación y aplicación del derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, Almería, 1997, p. 73. Esta asimetría no se da con igual intensidad, sin embargo, entre los operadores del derecho, los cuales, al estar involucrados directamente en la solución de las controversias jurídicas, toman mayor conciencia de la importancia que tiene la fijación de los hechos en el proceso judicial.

⁵ GASCÓN ABELLÁN, M. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, 1999, p. 73.

⁶ FAIRÉN GUILLÉN, V., «De los hechos al derecho. Uno de los sofismas de la ley del jurado de 1995», en *Revista de Derecho Procesal*, 1997, núm. 2, p. 362: «La antigua y sobrepasada pretensión doctrinal y legislativa de separar la cuestión de hecho y la cuestión de derecho llega a su clímax si encomendamos la primera a una o varias personas y la segunda a otras diferentes».

⁷ BOUKEMA, H. J. M., «Facts of Legal Reasoning», cit., p. 5.

⁸ RUIZ MIGUEL, A., «Creación y aplicación en la decisión judicial», en *Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva Época*, tomo I, 1984, pp. 10 ss.

«recíproca interrelación, simultánea e indisoluble» entre las distintas operaciones que realiza el juez con vistas a la determinación del contenido de la sentencia⁹. Se asume que tales operaciones se realizan «al unísono» sobre la base de la contemplación unitaria de los elementos fácticos y de los efectos jurídicos que provoca su determinación¹⁰. Y que ello produce la «inevitable contaminación teórica y normativa» de la fijación de los hechos en el proceso judicial¹¹.

Existe, en efecto, una circularidad evidente entre la acción de un juez obligado por un lado a seleccionar los hechos jurídicos relevantes, y, en definitiva, a construir el relato de los hechos en la sentencia, a la luz de las normas jurídicas, y por otro a elegir las normas aplicables al caso en cuestión a la luz de los propios hechos. Poco importa que se trate de un «círculo vicioso»¹² o «virtuoso»¹³ cuando la circularidad en el funcionamiento del proceso judicial resulta inevitable. Las cuestiones de hecho y las cuestiones de derecho se implican mutuamente entre sí hasta el punto de construirse siempre cada una de ellas en función de la otra. Son cuestiones interdependientes que no permiten un planteamiento autónomo y separado. Ello requiere asumir como condición necesaria para la determinación de los hechos jurídicamente relevantes una determinada consideración del ordena-

⁹ DE CASTRO CID, B., «Teoría del Derecho», en Antonio Fernández Galiano-Benito De Castro Cid, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Editorial Universitas, Madrid, 1994, p. 208.

¹⁰ SORIANO, R., *Compendio de Teoría General del Derecho*, 2.ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1993, p. 308.

¹¹ GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 37.

¹² Es éste el planteamiento clásico que realiza LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2.ª ed., traducción española de Marcelino Rodríguez Molinero, Editorial Ariel, Barcelona, 1980, pp. 274-275, cuando, preguntándose si «¿no nos movemos, con ello, otra vez en un círculo vicioso?», describe el funcionamiento del proceso judicial de la siguiente manera: «Para poder enjuiciar jurídicamente el hecho tal como ha sucedido, el que enjuicia tiene que darle antes la forma de un enunciado, en el que recoja todo aquello (y sólo aquello) que puede ser relevante para el enjuiciamiento jurídico. Lo que es relevante para el enjuiciamiento jurídico se obtiene de las normas jurídicas posiblemente aplicables al hecho. El que enjuicia parte, por tanto, del hecho a él relatado, examina qué normas jurídicas le son posiblemente aplicables, completa después el hecho atendiendo a los supuestos de hecho de estas normas jurídicas, que él, por su parte, concretiza de nuevo, siempre que esas normas no posibiliten una clara subsunción, atendiendo a tales circunstancias tal como aquí se presentan. El hecho en cuanto enunciado recibe su formulación definitiva sólo atendiendo a las normas jurídicas según las cuáles ha de ser enjuiciado; pero éstas, a su vez, serán elegidas y, siempre que se requiera, concretizadas atendiendo al hecho enjuiciable».

¹³ Así, MARINELLI, V., «Attività, ermeneutica e contesto giudiziario», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2000, fasc. 2, p. 195, quien, con un planteamiento materialmente similar en sus líneas generales al de Karl Larenz, señala, sin embargo, que los juicios de derecho y los juicios de hecho que incorpora la sentencia judicial «más que en secuencia lineal, hay que representarlos en círculo (no vicioso, sino virtuoso)».

miento jurídico al menos en sus rasgos más generales o, por decirlo así, captar el hecho en clave de derecho ¹⁴.

II. EL SIGNIFICADO DE LA FIJACIÓN DE LOS HECHOS EN EL PROCESO JUDICIAL

La captación de los hechos incorporados a la sentencia no se puede limitar exclusivamente a precisar los elementos relevantes de unos acontecimientos supuestamente producidos. Ha de atender también, de manera primordial, a si tales hechos relevantes han acaecido efectivamente o no y a cuáles son las circunstancias en que han tenido lugar. Se presenta así ante el juez la necesidad de realizar un ejercicio de verificación que servirá de fundamento a la calificación jurídica, la cual, sin embargo, excede al juicio empírico asumiendo una vertiente propiamente normativa ¹⁵.

En la medida en que los hechos objeto de la controversia jurídica pertenecen al mundo natural y tienen, por así decirlo, una existencia objetiva, podría pensarse en una determinabilidad mayor en relación a ellos que en relación al contenido de significado de la norma jurídica, que es inexistente hasta el momento en que se produzca efectivamente la interpretación. Pero una cosa es pensar que los hechos existen en el mundo natural y otra pretender que su realización por parte de un determinado sujeto y las circunstancias que acompañan a su realización tengan que ser comprendidos uniformemente por parte de los distintos miembros de la organización judicial.

También en relación a la determinación de los hechos que habrán de considerarse como jurídicamente probados entran en juego una pluralidad de elementos de muy distinto tipo. Algunos de carácter

¹⁴ Eso no impide que la primera determinación de los hechos jurídicamente relevantes se haya podido realizar en función sólo de alguna o algunas normas que pudieran estar implicadas con ellos, descuidando la existencia de otro u otros ámbitos jurídicos afectados. Esa visión parcial de los hechos, correlativa a una consideración restringida y sectorial del ordenamiento jurídico, se puede, no obstante, corregir, y de hecho así se hace habitualmente, a lo largo del proceso judicial, modificando progresivamente el propio enunciado de los hechos a la vista de los distintos ámbitos jurídicos que pueden guardar relación con el caso. LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., p. 277, se refiere en este punto al hecho de que las normas jurídicas aplicables al caso dependen también, entre otros aspectos, del conocimiento por parte del juez «de nuevos y más estrictos complejos de normas, en cuya esfera de regulación incide de hecho o, a primera vista, puede incidir».

¹⁵ GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 74: «la calificación jurídica, aunque se apoye en un juicio empírico, forma más bien parte de un juicio normativo interior: se puede verificar que el sujeto A realizó determinada conducta, pero, en sentido estricto, no se verifica, sino que se decide (autorizadamente) que esa conducta y sus circunstancias objetivas y subjetivas deben encuadrarse en un supuesto de hecho...».

objetivo, como la mayor o menor posibilidad de acceder al conocimiento o a la reproducción de los mismos, en atención a la existencia o inexistencia de testigos, de documentos que puedan concernir al caso, de huellas que delaten la presencia en el lugar del suceso de determinadas personas, etc. Otros de naturaleza subjetiva, referidos fundamentalmente al carácter y a las circunstancias personales del propio juez. Es por ello que se señala la dificultad de conocer de antemano, superando el escepticismo del observador imparcial en relación a la determinación de los hechos y del contenido normativo aplicable, el sentido que pueda tomar la decisión judicial. Esta dificultad resulta muchas veces mayor en el caso de la apreciación de los hechos porque su consideración como sucesos acaecidos, aun cuando guarda algún tipo de relación con la cultura jurídica dominante, no resulta en ocasiones tan condicionada por ella. La verificación de los hechos acaecidos presenta, sin embargo, matices distintos según el tipo de hecho de que se trata. Distinguimos a este propósito, siguiendo a Marina Gascón¹⁶, tres tipos de hechos comprendidos en los supuestos de hecho normativos: los hechos internos o psicológicos, los hechos cuya constatación implica un juicio de valor y los hechos externos.

En la historia de la ciencia jurídica se ha discutido mucho acerca de la posibilidad de hechos jurídicos de carácter interno. El problema del carácter necesariamente externo o no de los hechos jurídicos ha estado en ocasiones en la base de la distinción entre las reglas jurídicas y las reglas morales: el derecho se ocuparía en exclusiva, conforme a este tipo de doctrinas hoy claramente superadas, de los hechos externos, mientras que la moral tendría su ámbito material de actuación en los hechos internos, los que permanecen en la esfera íntima del sujeto. Hoy esta idea resulta absolutamente superada porque el derecho atiende y toma en consideración en muchas ocasiones a elementos, como la animadversión, el arrepentimiento, la premeditación, etcétera, que reflejan estados anímicos que sólo de manera muy indirecta pueden calificarse como hechos del mundo exterior. Son circunstancias que aunque normalmente no están tipificadas como contravenciones directas del ordenamiento jurídico, sin embargo contribuyen a modular la valoración que da el órgano judicial a los hechos que son objeto de controversia. El viejo aforismo jurídico de que «el pensamiento no delinque» cada vez se fundamenta más en la propia idea de la libertad de pensamiento que en la supuesta imposibilidad de que el derecho entre en la regulación de aspectos internos o psicológicos del sujeto. Por otro lado, se destaca también el sentido inevitablemente interno que tienen los comúnmente denominados actos externos¹⁷.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 75 ss.

¹⁷ ARA PINILLA, I., *Teoría del Derecho*, Taller Ediciones J. B., Madrid, 1996, p. 139: «No se puede hablar en sentido estricto de actos puramente externos, pues, con la circunstancial excepción de los actos reflejos, en todos ellos interviene un proceso interno, al menos el proceso de reflexión mental que lleva a la determinación de su realización.»

Lo cierto es, sin embargo, que los hechos internos presentan una dificultad adicional para su constatación, porque su conocimiento es siempre «un conocimiento indirecto a partir de otros hechos»¹⁸. De los hechos externos que se entiende que ponen de manifiesto el estado de ánimo en cuestión. Queremos con ello decir que si bien el conocimiento de los hechos internos encuentra un plus de dificultad, su constatación no puede prescindir del análisis de hechos externos, ni hacer oídos sordos a los problemas propios de este tipo de análisis.

Los hechos cuya constatación presupone un juicio de valor se caracterizan por incorporar conceptos jurídicos indeterminados que el juez ha de completar acudiendo a una determinada valoración. Un problema distinto es si esa valoración que debe dar el juez es la valoración común del grupo social, la valoración conforme a un determinado modelo moral elitista¹⁹, o su propia valoración personal. Lo importante es comprender que sólo a través del juicio de valor se puede conocer si el hecho ha tenido lugar. Los supuestos de hechos normativos son muchas veces supuestos valorativos hasta el punto de que se hace muy difícil en ocasiones en el lenguaje jurídico distinguir las expresiones descriptivas de las expresiones valorativas²⁰. Se analiza como cuestión de hecho si una propiedad está lo suficientemente rodeada de obstáculos en su acceso para ser considerada propiedad cerrada o si el comportamiento de un individuo reúne las condiciones suficientes para ser considerado degradante. Entonces, las cuestiones de hecho se convierten de manera inevitable en «problemas de evaluación»²¹. Evidentemente la constatación de este tipo de actos tiene una dificultad superior a la constatación de los actos externos: la dificultad que conlleva la valoración. Pero estos actos se manifiestan también de manera externa, como acontecimientos que se dan en el mundo exterior requiriendo también una verificación estrictamente fáctica: la observación de que se ha dado el hecho que constituye el objeto de valoración y de que se han dado también las condiciones o signos externos del concepto al que se atribuye la valoración en cuestión. La distinción entre las cuestiones de hechos primarios y cuestiones de hechos secundarios²² resulta así de la mayor utilidad para com-

¹⁸ GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 78.

¹⁹ Así, por ejemplo, el caso de CARDOZO, B. N., *The Paradoxes of Legal Science*, Columbia University Press, New York, 1928, p. 37.

²⁰ WROBLEWSKI, J., «Los hechos en el derecho», en Jerzy Wroblewski, *Sentido y Hecho en el Derecho*, Servicio Editorial, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989 (originalmente publicado en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 1973-2, pp. 161-178), p. 202.

²¹ BAYLES, M., «Principles for legal procedure», en *Law and Philosophy*, vol. 5, núm. 1, abril 1986, p. 40.

²² JACKSON, J., «Questions of fact and questions of law», en William Twining (edited by), *Facts in Law*, en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Beiheft Nr. 16, 1983, pp. 85-100, en especial, pp. 90-93.

prender el significado de unos hechos que se producen como tales en el mundo de la realidad sensible suscitando todos los problemas de constatación de los hechos externos además del problema adicional que supone su concreta valoración.

Los hechos externos en sentido estricto pueden también incorporar una remisión a una determinada norma del ordenamiento jurídico en los casos de los denominados hechos institucionales²³. En estos supuestos la constatación del hecho presupone la «previa calificación jurídica de hechos» recurriendo al conjunto del ordenamiento jurídico. No hay, sin embargo, valoración en sentido estricto porque la calificación jurídica no constituye una cuestión de grado que pueda el juez atribuir razonablemente en mayor o menor medida. A diferencia de lo que sucede con el comportamiento degradante o con la propiedad cerrada, que puede estar más o menos cerrada o ser más o menos degradante, los hechos institucionales no se valoran en más o en menos, sino en términos de si se dan o no se dan: se da o no la mayoría de edad legalmente establecida en una persona, se da o no en ella la condición de nacional del Estado de que se trate, etc.

Salta a la vista que en este tipo de hechos, tanto en los hechos externos en sentido estricto como en los hechos externos institucionales, su constatación plantea menores problemas al quedar, en principio, excluida la valoración o la indagación indirecta de la presencia de hechos internos o psicológicos²⁴. Pero es que tampoco en estos casos puede cerrarse el problema de la determinación de los hechos acaecidos porque ésta es una determinación de hechos pasados cuya realidad no puede en ningún caso fijarse desde una óptica instantánea. La verificación de los hechos se realiza a través de un proceso narrativo mediatizado por el sujeto que relata los hechos y por el mismo modo en que se efectúa la narración²⁵. La reconstrucción judicial de los hechos no puede escapar a la subjetividad no sólo del juez, sino de cada uno de los individuos que intervienen, ya como testigos, como peritos, como expertos, etc., en el proceso conducente a aclarar qué sucedió exactamente en un momento que, por no ser ya presente, no puede ser captado en toda su plenitud. Esto hace de la verdad procesal fáctica «un tipo particular de verdad histórica»²⁶ que sólo puede ser admitida en términos relativos y aproximados. Pero el reconocer el carácter relativo de la verdad procesal fáctica no puede justificar la renuncia a la utilización de criterios racionales a la hora de fijar

²³ GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., pp. 75-76.

²⁴ *Ibidem*, p. 76.

²⁵ CALVO GONZÁLEZ, J., «La verdad de la verdad judicial», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1999, fasc. 1, p. 30: «el mismo acto y el modo de narrar el relato de los hechos, de contar los hechos al narrarlos, también llegará a ser parte de la narración de los hechos».

²⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohíno, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 52.

los hechos en la sentencia. Al contrario, constituye la base sobre la que tales criterios han de ser propuestos²⁷.

¿Cómo explicar el sentido de la indagación racional de los hechos jurídicos asumiendo las limitaciones del juez a la hora de constatar y valorar su verdad, esto es, que tales son los hechos realmente sucedidos? En primer lugar, decir que al juez no le corresponde en principio fijar la verdad del hecho, sino sólo la prueba del hecho. Sólo le toca decidir el hecho jurídico a partir de la percepción limitada que proporcionan las reglas de la prueba²⁸, no a partir de la percepción general que le permita el uso de sus sentidos y de las diferentes técnicas de análisis empírico y conjetural que pueda utilizar. El hecho jurídico se presenta así no como un acontecimiento existente en el universo de la realidad, sino como «algo cuya existencia (real o hipotética) es asumido por el derecho a partir de una técnica específica»²⁹. No hay, por consiguiente, coincidencia necesaria entre la realidad física y la realidad jurídica. Ésta resulta siempre circunscrita por las reglas que rigen la práctica de la prueba y el funcionamiento del proceso judicial. Esto no quiere decir que no deba funcionar la idea de verdad de los hechos como un elemento operativo para la determinación jurídica de los mismos, como un «necesario ideal regulador», en definitiva, de la misma decisión³⁰. Ni que sea imposible llegar en el proceso judicial a una determinación de los hechos que se corresponda con la realidad, lo que por otro lado se entiende que «debe ser lo normal»³¹. Simplemente nos debe hacer conscientes del carácter limitado desde el punto de vista de la verificación de la verdad procesal, y de la necesidad de no «deificar acríticamente la verdad alcanzada»³².

Hay que tener en cuenta además el carácter instrumental que en el proceso judicial tiene la propia verdad de los hechos, que como tal

²⁷ Ibídem, p. 63: «el reconocimiento de la insuprimible pero siempre relativa y reducible incertidumbre de la verdad procesal es el presupuesto necesario para basar en él, en el plano teórico y práctico, criterios más racionales de comprobación y de control, además de unos hábitos de investigación más rigurosos y una mayor prudencia en el juicio.»

²⁸ Piénsese, por ejemplo, en las limitaciones de percepción que impone el sometimiento a las pruebas propuestas por las partes.

²⁹ FORIERS, P., «Introduction au droit de la preuve», en Chaïm Perelman et Paul Foriers (études publiées par), *La preuve en droit*, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 12.

³⁰ TARUFFO, M., «Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2001, fasc. 1, p. 21.

³¹ MONTERO AROCA, J., «Nociones generales sobre la prueba (Entre el mito y la realidad)», en Juan Montero Aroca (director), *La prueba*, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 27: «Naturalmente nada impide que con los medios jurídicos de fijación de los hechos se llegue realmente a descubrir la verdad, lo que por otra parte debe ser lo normal; lo que se dice en esta concepción es que la actividad probatoria se conforma con fijar los hechos necesariamente cumpliendo unas reglas jurídicas.»

³² GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 121.

«no interesa en sí misma, sino en relación a las situaciones argumentativas»³³. Esto es, en relación a la solución de la controversia que ante el juez se presenta para ser resuelta con arreglo a los parámetros establecidos por el propio ordenamiento jurídico. Este carácter instrumental de la verdad de los hechos no explica por sí sólo las limitaciones que se pueden imponer a su búsqueda, pero sí ayuda a comprender que se anteponga en ocasiones la salvaguarda de otros valores jurídicos que podrían resultar lesionados si se pusieran en marcha todos los medios de que puede disponerse para la averiguación de la verdad. El juez se encuentra así, a menudo, con «barreras al hallazgo judicial de la verdad»³⁴, que sobre la base de la preservación de la integridad de otros bienes jurídicos dificulta la apreciación de los hechos acontecidos³⁵. Así sucede, por ejemplo, en la determinación de la ilicitud de las pruebas que puedan vulnerar la «posición preferente de los derechos fundamentales»³⁶.

En este sentido, y al margen de la información irregular que pueda obtenerse a través de procedimientos que puedan contravenir las limitaciones legales al respecto³⁷, no queda otra posibilidad que acudir al juicio de probabilidad para poder estimar hipótesis plausibles que se hagan merecedoras del título de hechos probados. La prueba de los hechos entendida como certeza de la realización de los mismos constituye una ilusión, pero la utilización de criterios de probabilidad puede proporcionarles una justificación real como hechos a enjuiciar en el proceso judicial.

III. LA PROBABILIDAD COMO CRITERIO DE VERDAD RELATIVA DE LOS HECHOS PROBADOS

Se ha discutido en la doctrina jurídica acerca del tipo de probabilidad que se da en relación a la prueba de los hechos. Ello nos obliga a detenernos aunque sea brevemente en el significado jurídico que adquiere la misma noción de probabilidad. La probabilidad se sitúa

³³ GIULIANI, A., «Le rôle du fait dans la controverse», en *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 39, 1995, p. 234.

³⁴ LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., p. 303.

³⁵ Como dice RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la ciencia del derecho*, Librería Cervantes, Salamanca, 1991, p. 208, «el hallazgo de la verdad, aunque es un fin muy importante para el derecho no es un fin único ni es siempre el fin primordial, pues en determinadas ocasiones ha de subordinarse a otros fines que el derecho considera superiores».

³⁶ PICO I JUNOY, J., «Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas», en *Justicia*, 1997, núms. 3-4, p. 884. Un consistente estudio jurisprudencial en DE URBANO CASTRILLO, E.-TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita penal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.

³⁷ PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, p. 98: «No cabe excluir que la conciencia sobre la verdad de unos

entre las ideas de necesidad y de imposibilidad. Para que algo pueda ser calificado como probable es preciso que ese algo no tenga carácter necesario porque si así fuera no estaríamos ante el supuesto de que algo probablemente fuera a suceder, sino en el supuesto de que ese algo fuera a suceder con carácter inevitable, con absoluta seguridad. Al mismo tiempo, si no existiera la más mínima probabilidad de que el acontecimiento o el juicio que calificamos como probable pudiera tener lugar, la misma idea de probabilidad quedaría absolutamente excluida, no tendría ninguna posibilidad de existencia.

Ahora bien, entre las ideas de imposibilidad y de necesidad hay un campo muy amplio que no es ocupado en su totalidad por la idea de probabilidad. Por el hecho de no resultar un acontecimiento o un juicio imposibles ni necesarios no se convierten automáticamente en acontecimientos o en juicios probables. Sí se convierten, en cambio, en acontecimientos o en juicios posibles. En este sentido, puede decirse que lo probable anida en el ámbito de lo posible. El concepto de posibilidad es así un concepto más amplio que el de probabilidad es, en definitiva, el presupuesto para que pueda darse la misma idea de probabilidad. La probabilidad constituye, por consiguiente, una posibilidad cualificada, una posibilidad que requiere una condición adicional.

La consideración de la idea de probabilidad como posibilidad cualificada está ya presente en Aristóteles cuando señala que lo probable designa a «aquello que, en la mayor parte de los casos, acontece o no acontece, existe o no existe; por ejemplo, los hombres odian a aquellos que les envidian, aman a aquellos que les aman»³⁸. Así entendido, el concepto de probabilidad puede ser analizado en su aspecto gnoseológico o subjetivo, en el cual se entiende como probabilidad referida a juicios, y en su aspecto ontológico u objetivo, conforme al cual se entiende como probabilidad referida a acontecimientos³⁹.

En general ha sido la idea de probabilidad en su aspecto gnoseológico o probabilidad subjetiva la que ha predominado en la literatura filosófica a lo largo de la historia. Muy significativa es a este respecto la teoría de la probabilidad que expone John Locke en su *Ensayo sobre el entendimiento humano*. La probabilidad se sitúa allí como una especie de sustituto de la falta de conocimiento, lo que describe con estas palabras: «La mayoría de las proposiciones sobre las cuales pensamos, razonamos, disertamos, y hasta obramos, son tales que no

hechos se consolide con informaciones irregulares... Como es lógico, cualquier información que no provenga de los canales admitidos ha de ser omitida a la hora de redactar los resultados de los hechos probados, pero ello no significa que no ejerza alguna influencia sobre el juez».

³⁸ ARISTÓTELES, «Primeros analíticos», II, 29, 1, en *Lógica, II*, Nueva Biblioteca Filosófica, Madrid, 1931, p. 90.

³⁹ FERRATER MORA, J., *Diccionario de Filosofía*, Tomo 3, Alianza Editorial, Madrid, 1979, p. 2693.

podemos tener acerca de su verdad un conocimiento indubitable. Sin embargo algunas de ellas se acercan tanto a la certidumbre que no las ponemos en duda, sino que les concedemos nuestro asentimiento con la misma firmeza, y obramos sobre ese asentimiento con la misma resolución que si se tratase de proposiciones infaliblemente demostradas, y como si nuestro conocimiento acerca de ellas fuera perfecto y seguro»⁴⁰. En este sentido la probabilidad se presenta como una presunción, presumimos la veracidad de algo sin disponer de pruebas seguras que permitan garantizar el acierto de nuestro juicio sobre ellas⁴¹. El fundamento de dicha presunción se encuentra en la capacidad de inducción de nuestra mente que ofrece la apariencia del acuerdo que pueda darse entre dos ideas sin que existan pruebas irrefutables⁴², resultando así la existencia de dos elementos determinantes de la probabilidad como son la conformidad de una entidad con nuestra experiencia personal y el testimonio que nos ofrece la experiencia de los demás⁴³. Naturalmente reconoce John Locke que el carácter aparente o presunto de la noción de probabilidad se contrapone a la idea de conocimiento racional de las cosas, obligando a examinar con detenimiento y prudencia las razones que justifican la consideración de un juicio como probable antes de prestarle nuestro asentimiento reconociéndole toda nuestra credibilidad⁴⁴.

La concepción gnoseológica o subjetiva de la probabilidad ha sido sostenida en términos semejantes a como hemos visto que hace John Locke por muchos autores. Pero este hecho no ha provocado que caiga totalmente en el olvido la concepción ontológica que muchas veces se ha considerado implícita en la propia defensa de aquella. Todo ello ha llevado en ocasiones a sostener una concepción híbrida, intermedia entre la concepción gnoseológica y la ontológica de la probabilidad, que José Ferrater Mora describe diciendo que la probabilidad sería entonces «un grado mayor o menor de certidumbre sobre un

⁴⁰ LOCKE, K., *Ensayo sobre el entendimiento humano*, IV, 15, 2, traducción directa de Edmundo O'Gorman, Fondo de Cultura Económica, México, 1956, p. 658.

⁴¹ *Ibidem*, IV, 15, 3, p. 659: «La probabilidad es la verosimilitud de que una cosa sea verdadera; el término mismo denota una proposición para la cual existen argumentos o pruebas que la permiten pasar a ser recibida como verdadera. El trato que la mente otorga a esa clase de proposiciones se llama creencia, asentimiento u opinión, que consiste en la admisión de cualquier proposición como verdadera, en vista de argumentos o pruebas que logran persuadirnos de recibirla por verdadera, pero sin ofrecernos un conocimiento seguro de que lo sean».

⁴² *Ibidem*, IV, 15, 1, p. 657: «Así como la demostración es mostrar el acuerdo o el desacuerdo de dos ideas, por medio de la intervención de una o más pruebas que tienen entre sí una conexión constante, inmutable y visible, así la probabilidad no es sino la apariencia de un tal acuerdo o desacuerdo, por la intervención de pruebas cuya conexión no es constante e inmutable, o, por lo menos, que no se percibe que lo sea, pero que es o parece serlo así por lo regular, y basta para inducir a la mente a juzgar que la proposición es verdadera o falsa más bien que lo contrario».

⁴³ *Ibidem*, IV, 15, 4, p. 659.

⁴⁴ *Ibidem*, IV, 15, 5, pp. 659-660.

acontecimiento o un grupo de acontecimientos afectados por un índice de probabilidad»⁴⁵.

La cuestión es entonces decidir qué tipo de probabilidad es la que entra en juego cuando hablamos de los hechos probados como hechos probables. No cabe duda de que en estos casos es el juez quien determina los hechos realizando un ejercicio mental que inevitablemente supone un juicio sobre los hechos afectados por un índice de probabilidad. Ello supone, en cierto modo, un argumento en favor de la concepción mixta de la probabilidad. De hecho, es éste el modo tradicional de entender que actúa la probabilidad en relación al derecho. Ésta se ha presentado, en efecto, en relación a tres ámbitos jurídicos diferentes: como probabilidad en la determinación del derecho vigente, como probabilidad en la determinación de los supuestos de hecho jurídicamente relevantes y como probabilidad en la determinación de los hechos que se dan por jurídicamente ciertos.

En el primer caso encontramos, como ejemplo paradigmático, la concepción del derecho como predicción fundada en el cálculo de probabilidades de Benjamin Nathan Cardozo⁴⁶. Es una concepción que presupone un grado relativo de certidumbre sobre el modo en que probablemente actuarán los tribunales. Un buen ejemplo de la acción de la probabilidad en la determinación de los supuestos de hecho jurídicamente relevantes lo da la tipificación como delito de acciones que aun no lesionando directamente bienes jurídicos protegibles, provocan, sin embargo, la puesta en peligro de los mismos, entendiendo al peligro como la probabilidad de la realización de una lesión efectiva de los bienes jurídicos⁴⁷. Es una concepción que presupone un grado relativo de certidumbre sobre la probable lesión de la integridad de los bienes jurídicos. ¿Qué decir entonces en relación al tercer ámbito jurídico de actuación de la idea de probabilidad, que es la que más directamente nos interesa en este momento? Creemos que la solución va a ser semejante a la que se presenta en relación a los dos ámbitos aludidos. Un breve análisis de las posturas existentes a este respecto nos permitirá fundamentar nuestra afirmación.

La probabilidad en la determinación de los hechos que se dan por jurídicamente ciertos se ha entendido tanto como probabilidad subjetiva como probabilidad objetiva. La primera ha sido defendida entre otros por Luigi Ferrajoli. La segunda, recientemente, por Daniel Mendonca.

⁴⁵ FERRATER MORA, J., *Diccionario de Filosofía*, Tomo 3, cit., p. 2693.

⁴⁶ CARDOZO, B. N., *The Growth of the Law*, Fourth Printing (la primera edición de 1924), Yale University Press, New Haven, 1931, pp. 33 ss.

⁴⁷ Así SCHÜNEMANN, B., «Modernen Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», en *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, p. 794, cuando señala que el peligro es la «probabilidad de un daño», o HIRSCH, H. J., «Gefahr und Gefährlichkeit», en *Strafgerichtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993, p. 548, al indicar que nos encontramos ante una actuación peligrosa «cuando a una acción le es inherente la probabilidad de dañar o perjudicar a un objeto».

Ferrajoli parte de la distinción entre probabilidad objetiva y probabilidad subjetiva como probabilidades referidas respectivamente «a la verdad en sentido objetivo» y a la «fiabilidad en sentido subjetivo»⁴⁸ asumiendo que «no existe ningún criterio formulable en vía general y abstracta, para establecer el grado objetivo de probabilidad de una hipótesis respecto de un tipo de prueba»⁴⁹. Todo ello le lleva a desdeñar por inviable la probabilidad objetiva, reconociendo, en cambio, la posibilidad de «una valoración subjetiva de la probabilidad (que) aunque no puede ser llevada a cabo abstractamente por la ley, puede en cambio ser realizada por el juez en relación con las pruebas y los indicios concretamente disponibles»⁵⁰. Esta tesis es rechazada por Daniel Mendonca entendiéndose que el carácter probable de los hechos que se dan por probados no puede depender de la configuración personal del juez, debiendo resolverse la cuestión sobre la base de «consideraciones objetivas, no por inclinaciones subjetivas a aceptar o rechazar una conclusión», entendiéndose que los elementos de juicio aportados son los que objetivamente permiten concluir que en un porcentaje determinado y calculable de las ocasiones en que proponemos premisas verdaderas podemos obtener conclusiones igualmente ciertas⁵¹. Creemos que las dos tesis indicadas podrían superarse en la concepción mixta de la probabilidad, asumiendo que la determinación de los hechos que se dan por jurídicamente ciertos representa un determinado grado de certeza en relación a unos hechos, los hechos probados, afectados por un índice de probabilidad deducible en cierto modo de los elementos de juicio aportados.

El problema es que los elementos de juicio aportados tampoco permiten precisar con exactitud el grado de probabilidad de la verdad judicial. Éstos no proporcionan una solución automática, sino una solución que ha de pasar de manera inevitable por el tamiz de la subjetividad del juez. Podemos distinguir siguiendo a Wroblewski cuatro tipos de enunciados probatorios: los enunciados lingüísticos de los testigos y peritos, los enunciados documentales, los que reflejan las percepciones del juez y las inferencias lógicas que éste puede realizar a partir de los enunciados citados⁵². Es evidente que los testigos no pueden proporcionar una garantía absoluta de la certeza de los hechos que narran. Para empezar es posible que no digan la verdad y que aun diciéndola digan solamente su verdad particular, esto es, el modo en que ellos se representan lo que vieron, no el modo en que efectivamente sucedieron las cosas⁵³. Pero además hay que tener en cuenta que las aportaciones de los testigos han

⁴⁸ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 149.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 148.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 149.

⁵¹ MENDONCA, D., *Interpretación y aplicación del derecho*, cit., p. 84.

⁵² WROBLEWSKI, J., «El problema de la así llamada verdad judicial», en Jerzy Wroblewski, *Sentido y Hecho en el Derecho*, cit., p. 210.

⁵³ Entre los últimos análisis ROMERO COLOMA, A. M., *Problemática de la prueba testifical en el proceso penal*, Editorial Civitas, Madrid, 2000.

de ser interpretadas por el juez, que al prestar una mayor o menor credibilidad al testigo introduce necesariamente un elemento personal hasta cierto punto incontrolable⁵⁴. En este punto la propia decisión del juez de fundar su juicio en la probabilidad estadística de que los testigos que en cada caso actúen puedan reflejar la verdad constituye una apreciación valorativa presente necesariamente en el proceso judicial⁵⁵. Lo mismo se puede decir de las aportaciones de los peritos, que en realidad son sólo puntos de vista subjetivos, avalados ciertamente por una formación especial en la materia, pero que tampoco pueden garantizar la certeza absoluta de lo que exponen sus informes. Informes que además han de pasar también por el tamiz de la interpretación judicial. En cuanto a los enunciados documentales, éstos parecen en principio tener una mayor garantía de firmeza, por ser «preexistentes a la investigación»⁵⁶. Pero precisamente por ser documentos históricos, que se produjeron en el pasado, han de ser interpretados en su contexto, contexto que el juez no puede reproducir materialmente en el momento presente sin hacer una interpretación de nuevo personal y valorativa tanto de los enunciados documentales como del escenario concreto en el que se produjeron.

La percepción que el juez se realiza del caso no puede, desde luego, escapar a su juicio personal. Porque, como se ha dicho, cada percepción particular en realidad «oculta ya... una interpretación»⁵⁷. Pero es en relación a las inferencias lógicas de los enunciados citados donde se va a presentar el problema central de la determinación judicial de los hechos y del margen de certeza que ésta pueda tener⁵⁸. Está claro que el juez no puede prescindir de las reglas de la lógica en el proceso inferencial. El sistema de libre valoración de las pruebas fundado en la convicción íntima del juez, que hoy resulta generalmente admitido como el sistema probatorio más fecundo y garantista, «no es, sin embargo, libre en relación con las reglas de la lógica, entendiéndose por lógica la necesidad de respetar el principio de no-contradicción y la racionalidad de la decisión probatoria»⁵⁹. Esto le hace a la inferencia judicial «inmune» frente a cualquier decisión legislativa, porque ninguna norma jurídica puede evitar que las inferencias se desarrollen «siempre y sólo» conforme a las reglas que impone la lógica⁶⁰.

⁵⁴ A esta idea responde la caracterización que hacía FRANK, J., «Judicial fact finding and psychology», en *Ohio State Law Journal*, 1953, pp. 183 ss., del juez como testigo del testigo.

⁵⁵ PECZENIK, A., *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, The Netherlands, 1989, p. 26.

⁵⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 58.

⁵⁷ LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., p. 278.

⁵⁸ MENDONCA, D., *Interpretación y aplicación del derecho*, cit., p. 78, entiende en este punto «especialmente fructífera» la idea de Wroblewski de diferenciar en el informe probatorio las proposiciones lingüísticas y las proposiciones derivadas lógicamente.

⁵⁹ IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Márgenes y límites en la aplicación del derecho*, Librería Carmelo, Donostia, 1992, p. 83.

⁶⁰ RICCI, G. F., «Nuovi rilievi sul problema della specificità della prova giuridica», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2000, fasc. 4, p. 1160.

En todo caso, la probabilidad de los hechos asumidos como probados no depende exclusivamente de la fiabilidad de los elementos probatorios, porque éstos muchas veces se refieren más a circunstancias conectadas con los hechos que se pretenden probar que a los hechos considerados en sí mismos. Son las más de las veces pruebas de indicios y no pruebas directas de los hechos acaecidos. Esto hace que el juez a la hora de formular su representación de los hechos tenga que conjugar adecuadamente la fiabilidad de la prueba y la relevancia de los indicios⁶¹. El indicio, que en relación al hecho que se pretende probar se define precisamente como «una circunstancia cierta»⁶² requiere también la prueba de su verdad (por lo menos de su admisibilidad como verdad), lo mismo que los hechos que determina la sentencia judicial, porque van a ser precisamente los indicios el fundamento de la fijación de los hechos. Pero los indicios, lo mismo que las pruebas, son falibles, si bien pueden ser suficientes para formar la convicción íntima del juez.

El que un hecho se dé por probado, y que sea en consecuencia objeto de la correspondiente valoración normativa, no quiere decir, ni mucho menos, que ese hecho se haya producido efectivamente. Lo único que significa es que en relación a la producción de ese hecho se ha estimado la existencia de indicios suficientes, pero que no garantizan, desde luego, su verdad, pues como dice Luis Prieto, «la verdad jurídica no puede ser fijada por el tribunal al modo que el científico nos propone una verdad física o natural»⁶³. Ni siquiera la hipotética confesión por parte de un sujeto de la realización de un hecho al que el ordenamiento jurídico le imputa una sanción negativa es garantía suficiente de que tal hecho haya tenido efectivamente lugar. La experiencia demuestra a este respecto que la presunción de la voluntad de eludir la aplicación de las sanciones jurídicas negativas no es un elemento determinante de la verdad de ninguna actuación ni de la existencia de ningún hecho de relevancia jurídica. Los indicios y las pruebas constituyen, en definitiva, vías que el juez ha de seguir para la fijación de los hechos pero que no garantizan ni pueden garantizar la verdad de los mismos. Y es, como dice Luigi Ferrajoli «no existen, en rigor, pruebas suficientes»⁶⁴. Todo lo más pruebas e indicios que garantizan una mayor firmeza de la creencia del juez, una mayor convicción judicial.

⁶¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 132: «Puede haber pruebas fiables de indicios tenues o tal vez irrelevantes y pruebas increíbles o escasamente creíbles de indicios graves y relevantes.»

⁶² BELLAVISTA, G., «Indici», en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1971, p. 224, define en este punto al indicio como «una circunstancia cierta de la cual se puede extraer, por inducción lógica, una conclusión acerca de la subsistencia o insubsistencia de un hecho que se quiere probar».

⁶³ PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, cit., p. 97.

⁶⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 135.

Al inferir conclusiones de indicios más o menos probados que el juez considera suficientes para formar su convicción íntima, éste se ve obligado como vemos a utilizar reglas y técnicas ajenas a la ciencia del derecho en sentido estricto. Para empezar las reglas de la lógica que impone el propio mecanismo inferencial. Pero su convicción, para ser fundada, tendrá que basarse también en una cierta percepción de la realidad del mundo exterior. De la percepción que le da también su actualización en los conocimientos que tengan relación con los hechos probados y con la forma y las circunstancias en que los mismos se producen. El juez debe trascender a los conocimientos que le proporciona la ciencia del derecho en sentido estricto⁶⁵ y así abrirse al resto de los saberes que le pueden suministrar datos útiles en relación a la fijación de los hechos⁶⁶, superando la «habitual aversión de los juristas hacia las cuestiones que suponen adentrarse en saberes extrajurídicos»⁶⁷.

El juez deberá en este sentido fundar la relación de los hechos en los conocimientos asumibles científicamente en la cultura de lugar y tiempo en que actúa⁶⁸. Pero también en la capacidad de análisis y observación que, sin vulnerar los cauces establecidos por las reglas procesales, le da la consideración de los denominados hechos notorios y de las máximas de la experiencia⁶⁹. La idea de los hechos notorios alude a hechos cuyo conocimiento es accesible a la generalidad de los individuos sin necesidad de ningún tipo de habilidad

⁶⁵ RICCI, G. F., «Nuovi rilievi sul problema della specificità della prova giuridica», cit., p. 1162: «La ciencia jurídica es por sí sola completamente impotente para resolver el problema de una recta formación del libre convencimiento, a ello puede llegarse sólo si se emplean reglas y técnicas deducidas de ciencias extrajurídicas. Lo cual es posible sólo si se es consciente de que la prueba judicial tiene necesariamente una base prejurídica, al igual que cualquier otra actividad probatoria».

⁶⁶ CARDOZO, B. N., «Our Lady of the Common Law. Commencement Address at St. John's Law School», en Margaret E. Hall, Matthew Bender (edited by), *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo. The Choice of Tycho Brahe*, Albany, San Francisco, New York, 1975, pp. 88 ss., expresa esta idea con la fórmula de la operatividad jurídica del concepto de continuidad del conocimiento. Véase en este punto nuestro trabajo *La teoría de la decisión jurídica de Benjamin Nathan Cardozo*, Editorial Dykinson, Madrid, 1999, pp. 77 ss.

⁶⁷ GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 173.

⁶⁸ Muy recientemente TARUFFO, M., «Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto», cit., p. 24, ha contrapuesto este tipo de conocimientos a la «junk science» que, sin embargo, entiende ampliamente difundida en los medios judiciales.

⁶⁹ BARBOSA MOREIRA, J. C., «Observación sobre las llamadas pruebas atípicas», en *Revista de Derecho Procesal*, 1999 – 3, p. 540, considera a los hechos notorios y a las máximas de experiencia como «excepciones» a «la prohibición impuesta al juez de utilizar su ciencia privada en la solución de las cuestiones de hecho». Creemos, sin embargo, preferible no hablar de excepciones a la prohibición en estos casos, porque los hechos notorios y las reglas de experiencia no forman parte de la ciencia privada del juez, sino del patrimonio de conocimientos comunes al entorno social en el que se produce el enjuiciamiento. Sería, por tanto, preferible hablar de datos comúnmente conocidos y como tales perfectamente aplicables a la fijación de los hechos que de una aplicación excepcional de la ciencia privada del juez.

especial. Son hechos que es incluso posible que el juez no conozca con anterioridad al enjuiciamiento de los hechos (por ejemplo por haberse encontrado ausente y sin posibilidad de tener noticias de ello en el momento en el que se produjo un incendio o cualquier otra catástrofe en el lugar en el que ejerce su jurisdicción), pero con los que ha de contar para la elaboración de los fundamentos fácticos de su sentencia por constituir un elemento más de la cultura común al grupo social. Las máximas de experiencia tienen como elemento de coincidencia con los hechos notorios el establecer conocimientos comunes al conjunto de la sociedad sin necesidad de la utilización de medios especiales. Son en este sentido accesibles al juez «de la misma manera que a los otros miembros de la comunidad»⁷⁰. Se diferencian de ellos, sin embargo, en que no atienden a acontecimientos concretos sino a circunstancias de distinta índole que se producen de manera reiterada, aunque no necesariamente infalible, en los distintos ámbitos de la vida social.

El no ser necesariamente infalibles las máximas de experiencia es precisamente una de las razones que explican el menor grado de probabilidad que se alcanza con las inducciones judiciales en relación al propio de las leyes científicas⁷¹. El juez deberá en este punto expresar al máximo las posibilidades que le ofrece el proceso judicial para, salvaguardando los valores que reflejan las reglas procesales, reducir el margen de error y garantizar la racionalidad de su repuesta en el momento de la fijación de los hechos. A tal fin deberá esmerarse en respetar la coherencia narrativa de los hechos⁷², arbitrando las pruebas necesarias que permitan comprobar la compatibilidad de la hipótesis con todos los datos de que dispone la investigación, sin que ninguna contraprueba pueda desmentirla, asumiendo que mientras no se produzca la refutación de la contrahipótesis el principio de la duda a favor del reo funcionará como «norma de clausura» del sistema⁷³ garantizando la inocuidad de la solución jurídica.

El juez realiza una función investigadora de hechos y la realiza con los mismos objetivos de búsqueda de la verdad que son propios de las investigaciones científicas⁷⁴. Pero su función investigadora se mueve en el terreno móvil e inseguro de la inferencia en el que solo cabe hacer conjeturas de probabilidad. Se encuentra además enfrenta-

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 541.

⁷¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 146.

⁷² Sobre la coherencia narrativa véase MACCORMICK, N., «La congruenza nella giustificazione giuridica», traducción italiana de Paolo Comanducci, en Paolo Comanducci-Riccardo Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1987, pp. 243-263, especialmente pp. 255 ss.

⁷³ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 151.

⁷⁴ RICCI, G. F., «Nuovi rilievi sul problema della specificità della prova giuridica», cit., p. 1154: «En la prueba jurídica domina el objetivo de la investigación de la verdad de los hechos, ni más ni menos de lo que sucede con respecto a cualquier explicación de la actividad probatoria».

do a la necesidad de preservar otros valores jurídicos que se anteponen a la determinación de la verdad de los hechos, limitando así la posibilidad de alcanzarla de manera más plena. Pero se le exige igualmente que dicte su solución en un momento específico (la sentencia judicial) cumpliendo así la función social ineliminable de resolver las controversias jurídicas. Todo ello explica el carácter relativo de la fijación judicial de los hechos, pero no puede eximir al juez de la obligación de fundamentar en motivos racionales la concreta decisión que tome a este respecto. Y es que, como bien se ha dicho «la justicia de los hombres debe contentarse a menudo con probabilidades, con apariencias, pero cuando así lo hace debe dar razón de las mismas»⁷⁵.

No hay, en definitiva, contradicción entre las ideas de probabilidad y racionalidad⁷⁶, porque en este punto los esquemas de valoración racional «son necesariamente esquemas probabilísticos»⁷⁷. La imposibilidad de garantizar la verdad absoluta con respecto a los hechos fijados en la sentencia es perfectamente compatible con el objetivo judicial de alcanzar la «verdad» más probable y mejor fundamentada en los elementos que tiene el juez a su disposición.

⁷⁵ BATIFFOL, H., «Observations sur la preuve des faits», en Chaïm Perelman et Paul Foriers (études publiées par), *La preuve en droit*, cit., p. 314.

⁷⁶ GALAVOTTI, M. C., «Rationality and Probability», en Carla Faralli-Enrico Pattaro (edited by), *Reason in law*, vol. 3, Giuffrè Editore, Milano, 1988, pp. 79-86.

⁷⁷ GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 161.