

JORDI FERRER BELTRÁN

**PRUEBA Y VERDAD  
EN EL DERECHO**  
(2.<sup>a</sup> edición)

Prólogo de  
Michele Taruffo

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.  
MADRID 2005 BARCELONA

## ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
NOTA A LA 2. <sup>a</sup> EDICIÓN.....	9
PRÓLOGO.....	11
INTRODUCCIÓN.....	15
<b>CAPÍTULO PRIMERO. SENTIDO Y FUERZA DE LOS ENUNCIADOS PROBATORIOS.....</b>	<b>19</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	19
2. LA FUERZA DE “ESTÁ PROBADO QUE <i>P</i> ”.....	20
A. “Está probado que <i>p</i> ” como enunciado constitutivo.....	20
B. “Está probado que <i>p</i> ” como enunciado normativo.....	23
C. “Está probado que <i>p</i> ” como enunciado descriptivo.....	25
3. EL SENTIDO DE “ESTÁ PROBADO QUE <i>P</i> ”.....	27
A. “Está probado que <i>p</i> ” como sinónimo de “Es verdad que <i>p</i> ”.....	29
B. “Está probado que <i>p</i> ” como sinónimo de “El juez ha establecido que <i>p</i> ”.....	32
C. “Está probado que <i>p</i> ” como sinónimo de “Hay elementos de juicio suficientes a favor de <i>p</i> ”.....	35
4. PRUEBA, VERDAD Y REGLAS PROCESALES.....	38
A. Prueba y reglas sobre la prueba.....	40
5. PRUEBA Y DEFINICIÓN DE LOS SUPUESTOS DE HECHO.....	49

	<u>Pág.</u>
<b>CAPÍTULO SEGUNDO. PRUEBA Y VERDAD</b> .....	55
1. DOS FORMAS DE ESTABLECER LA RELACIÓN.....	55
2. PRUEBA Y LIMITACIONES PROCESALES .....	56
3. VERDAD MATERIAL VS. VERDAD FORMAL.....	61
A. El rechazo de la distinción .....	63
B. Problemas pendientes: las alternativas .....	64
4. DE NUEVO SOBRE LAS RELACIONES CONCEPTUAL Y TELEOLÓGICA ENTRE PRUEBA Y VERDAD .....	68
5. SER VERDADERO Y SER TENIDO POR VERDADERO .....	73
 <b>CAPÍTULO TERCERO. PRUEBA Y ACTITUDES PROPOSICIONALES</b> .....	 79
1. INTRODUCCIÓN .....	79
2. PRUEBA Y ACTITUDES PROPOSICIONALES .....	80
A. “Está probado que $p$ ” vinculado a la creencia en $p$ por parte del juez .....	80
B. “Está probado que $p$ ” vinculado al conocimiento de $p$ por parte del juez .....	88
C. “Está probado que $p$ ” vinculado a la aceptación de $p$ por parte del juez .....	90
a) De nuevo sobre la creencia y los enunciados probatorios ...	94
3. PRUEBA, VERDAD Y JUSTIFICACIÓN .....	96
 <b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	 103

## NOTA A LA SEGUNDA EDICIÓN

Poco más de dos años después de la primera edición de este trabajo, tengo el gusto de hacer esta nota para la segunda edición. El mayor placer que un filósofo del derecho puede tener es presentar sus argumentos y discutirlos en el foro. Por ello, puedo decir que en estos dos años he tenido la suerte de continuar mi trabajo sobre problemas vinculados a la prueba jurídica y de presentar y discutir sus resultados ante muchos colegas y también, lo que es una especial satisfacción, ante jueces y prácticos del derecho.

A pesar de ello, quizás sólo por mi cabezonería, pocos han sido los cambios que me he visto obligado a realizar en el trabajo que sigue. El lector encontrará en él una relativa actualización bibliográfica y un mayor desarrollo de algunos puntos respecto del contenido de la primera edición.

Queda siempre pendiente el análisis de los problemas vinculados a la valoración de la prueba, que será objeto de un específico volumen (*La valoración racional de la prueba*) de próxima aparición en este mismo sello editorial.

Girona, mayo de 2005.

Jordi FERRER BELTRÁN

## PRÓLOGO

*Este trabajo se sitúa completamente en el marco del interés que, desde hace algún tiempo y después de largos períodos de falta de atención y de silencio, especialmente en Europa (otra es la situación en los sistemas de lengua inglesa), manifiestan los filósofos y los teóricos del derecho hacia la prueba judicial.*

*Extraño destino, vale la pena decirlo, el de los problemas teóricos referidos a la prueba. Es obvio, y ningún filósofo o jurista práctico sensato podría negarlo, que la prueba y la determinación judicial de los hechos es uno de los problemas fundamentales del proceso, de la justicia y del ordenamiento jurídico en general. Por otra parte, el proceso no es, ciertamente, el único contexto en el que surge la necesidad de establecer la verdad de circunstancias fácticas sobre la base de las informaciones y de los conocimientos disponibles en un momento determinado, de modo que parece imposible encerrar el problema de la prueba en el limitado espacio del procedimiento judicial.*

*Sin embargo, una actitud ampliamente mayoritaria entre los filósofos del derecho les ha inducido a pensar que el de la prueba de los hechos es un problema que debe dejarse a los juristas y, en particular, a los procesalistas civiles y penales. Puede ser que los filósofos piensen que, tratándose de las modalidades mediante las que se determinan los hechos en juicio, ésta sea una cuestión que debe ser afrontada exclusivamente desde el derecho procesal. Las cosas no son así, como muestra Jordi FERRER en este volumen, aunque eso no evita que se trate de un error muy difundido entre los teóricos del derecho. El mismo error, por otra parte, está ampliamente difundido entre los juristas y, en particular, entre los procesalistas. Éstos, en efecto, tienden a sobrevalorar fuertemente los aspectos teóricos del fenómeno probatorio y a sostener que los juristas*

*deberían dedicarse exclusivamente al estudio de los aspectos jurídicos del mismo. Ambos grupos, teóricos y juristas, parten de la premisa —a su vez errónea, pero ampliamente compartida— según la cual los aspectos jurídicos y teóricos del problema de la prueba pueden ser tratados independientemente, como si entre ellos no se dieran numerosas y relevantes interconexiones.*

*El resultado de la convergencia de estas orientaciones es que, con pocas aunque significativas excepciones, los aspectos teóricos y filosóficos de la prueba han sido ampliamente olvidados tanto por los filósofos como por los juristas; estos últimos, por su parte, se han ocupado de forma casi exclusiva de las normas positivas que regulan la admisibilidad, la práctica y la valoración de las pruebas en los específicos ámbitos procesales. Por otra parte, en la mayoría de los pocos casos en los que se afrontan los problemas filosóficos de la prueba, los juristas han demostrado ser pésimos filósofos y han obtenido resultados muy modestos e incluso risibles.*

*Todo esto ha tenido como consecuencia graves limitaciones y distorsiones relevantes tanto en la cultura filosófica como en la jurídica en relación con la decisión sobre los hechos.*

*Así, por ejemplo, en la literatura procesalista, pero también en la filosófica, permanece en el misterio el significado de expresiones como “el hecho p está probado”, “se ha obtenido la prueba del hecho p”, etc. A pesar de que se trata, obviamente, de una cuestión fundamental en cualquier proceso, sobre este punto se encuentran a menudo respuestas vagas y genéricas. Algunos autores hacen referencia, pero casi siempre de forma superficial y acrítica, a la probabilidad o la verosimilitud, pero qué significan esas expresiones queda normalmente en la incertidumbre. Hay, en realidad, especialmente en los Estados Unidos, autores que aplican el cálculo de la probabilidad a los problemas de la prueba, pero con resultados que suscitan muchas dudas y son, en cualquier caso, extraños a la cultura media de los juristas.*

*El primer capítulo del trabajo de Jordi FERRER ofrece un planteamiento claro y preciso para este problema. Por un lado, identifica los distintos significados del enunciado “p está probado” y aporta luz sobre ellos; por otro lado, distingue también entre la fuerza y el sentido del enunciado; y, por último, señala la correcta solución del problema, haciendo referencia a la existencia de elementos de valoración suficiente para fundamentar la prueba de p.*

*Otra distorsión teórica que resulta muy frecuente en la literatura jurídica sobre la prueba, y se refleja también en la filosófica, es el convencimiento de que en el proceso se puede alcanzar el establecimiento de una verdad “formal” o “jurídica” sobre los hechos relevantes de la causa, pero no es posible el conocimiento de la verdad “material” sobre los mis-*

*mos, a la vez distinta de la anterior e inalcanzable. Esta aproximación al problema es errónea por distintas razones, que van desde admitir que fuera del proceso es posible alcanzar una verdad que por razones misteriosas el juez no puede determinar, hasta una neta y no justificada sobrevaloración del impacto limitativo que las reglas procesales pueden tener sobre el conocimiento de los hechos por parte del juez. Por otra parte, la limitación del discurso a la sola idea de la verdad “procesal”, vinculada a las normas sobre la prueba, precluye toda aproximación crítica a esas normas porque —eliminando a priori todo término con el que confrontar los métodos de determinación de los hechos— se impide la valoración de qué normas son más adecuadas y cuáles son, en cambio, inadecuadas, a los efectos de la determinación judicial de la verdad de los hechos.*

*No por casualidad, por tanto, Jordi FERRER dedica el segundo capítulo del trabajo precisamente a la vinculación entre prueba, reglas procesales y verdad, criticando de forma convincente la distinción mencionada, apreciada por los procesalistas menos informados sobre los problemas epistemológicos, entre verdad “formal” y verdad “material”, y reconduciendo unitariamente el problema de la verdad al de la fundamentación probatoria de los enunciados sobre los hechos.*

*Un ulterior e importantísimo problema, que la doctrina procesalista mayoritaria y también la filosófica dejan sin resolver, es el del convencimiento del juez. Es conocido, en realidad, que ya desde hace tiempo —es decir, desde la segunda mitad del siglo XVIII— se ha ido reafirmando el principio del libre convencimiento del juez como regla fundamental de valoración de las pruebas. Sin embargo, sería un error pensar que la referencia a este principio tenga la función taumatúrgica de resolver cualquier dificultad.*

*Por un lado, en efecto, debe señalarse que perduran aún en algunos ordenamientos (por ejemplo, en el proceso civil italiano) supuestos significativos de prueba legal, como confirmación de la dificultad para hacer efectivo íntegramente el método de la valoración discrecional confiada al juez. Por otro lado, debe destacarse que el principio en cuestión puede tener versiones y connotaciones diversas: más subjetivistas en la formulación francesa de la intime conviction, más cautas en la fórmula italiana del prudente apprezzamento, más optimistas en la fórmula española de la sana crítica o más neutrales en la fórmula alemana de la freie Beweiswürdigung. La cuestión verdaderamente importante, además, es que mientras que está claro el significado negativo del principio, que consiste en el rechazo de las reglas de prueba legal, no está claro en absoluto qué significa en positivo. La interpretación prevaleciente que se hace de él permanece sustancialmente vaga y abierta a resultados muy distintos: algunas veces se otorga al convencimiento discrecional del juez un significado fuertemente subjetivista con tintes de irracionalismo (la íntima convicción); otras, se presupone simplemente que ese convenci-*

*miento es algo inefable e incognoscible y, como tal, sustraído a cualquier control racional; más raramente, hay quien intenta reconducir la valoración del juez —aun siendo libre— a criterios de juicio y de inferencia racionales y controlables.*

*En este contexto tan complejo, en el que las formulaciones imprecisas y de significado incierto siguen dominando el campo, el tercer capítulo del libro adquiere un valor especial, ya que, empleando oportunamente el concepto de actitud proposicional, Jordi FERRER desarrolla el análisis de los estados mentales del juez implicados en el juicio sobre los hechos, sin caer en fáciles psicologismos y yendo mucho más allá de la superficie sobre la que se detiene la mayor parte de los autores que se han ocupado del convencimiento del juez. En esa dirección, la contribución de FERRER es muy útil en la medida en que ofrece categorías indispensables y una sólida base teórica para el estudio del razonamiento con el que el juez, basándose en las pruebas, atribuye aceptabilidad a los enunciados sobre los hechos. En particular, la vinculación entre prueba y aceptación (apartado 2.C) ofrece un instrumento interesante para reformular en términos nuevos y convincentes la problemática relación entre prueba, verdad y justificación de la decisión sobre los hechos (sobre la que puede verse, especialmente, el apartado 3).*

*En definitiva, éste es un libro breve, pero muy claro y rico en sugerencias: una contribución a la teoría de la prueba y de la decisión judicial que resulta esencial tanto para los filósofos del derecho como —sobre todo— para los juristas.*

Michele TARUFFO



## INTRODUCCIÓN

El trabajo que ahora se introduce está dedicado al análisis conceptual de las nociones de prueba y de hecho probado. Desgraciadamente, puede decirse que éste es un trabajo hasta cierto punto atípico, tanto por el tema tratado como por la perspectiva desde la que es abordado. Por ello, esta introducción cumple también la función de una advertencia preliminar.

Jerome FRANK dedicó buena parte de sus trabajos a poner de manifiesto la atención insuficiente que tradicionalmente se venía dedicando a los problemas de la prueba de los hechos. Desde la óptica realista que caracterizó su teoría jurídica, puso el acento en las decisiones de los tribunales de primera instancia acerca de los hechos probados. Para él, la dificultad fundamental, aunque no exclusiva, para predecir las decisiones judiciales no se centraba en las normas que habían de ser aplicadas en primera o sucesivas instancias, sino en los hechos que habían de ser declarados probados y que servirían de presupuesto para la aplicación de aquellas normas<sup>1</sup>.

Setenta años después de *Law and the Modern Mind* sigue siendo válida la observación crítica de FRANK acerca de la insuficiente atención dedicada a los problemas de la prueba. Los teóricos del derecho, en general, se han preocupado más por la justificación de las decisiones judiciales, dando por descontado el problema de la selección de las premisas, o bien estudiando principalmente las decisiones interpretativas y la selección de las premisas normativas del razonamiento judicial. Los problemas de la determinación de los hechos a los efectos

---

<sup>1</sup> Vid. FRANK (1930, 1949 y 1951). Sobre el escepticismo de FRANK acerca del conocimiento judicial de los hechos, vid. TWINING, 1994: 109 ss.

de seleccionar las premisas fácticas, en cambio, no han sido generalmente objeto principal de estudio teórico. Desde este punto de vista, decía al inicio que éste es un trabajo atípico por el tema abordado. No obstante, en los últimos años se ha producido un interés creciente por el problema de la justificación de las premisas fácticas del razonamiento jurídico que puede venir a paliar la insuficiente atención a la que antes me refería.

Y tampoco los juristas ni, en concreto, la dogmática procesalista, han puesto una especial atención en esos problemas<sup>2</sup>. En su caso, el interés principal se ha centrado en la descripción y sistematización de las reglas sobre la prueba de cada sistema jurídico más que en la prueba misma y en su concepto. Es en este sentido que puede decirse que el trabajo que ahora se inicia es atípico respecto de la perspectiva adoptada. Así, resultan muy escasos los estudios que abordan el problema de la prueba desde un punto de vista conceptual, intentando dilucidar qué significa que un hecho esté probado y cuál es la noción de prueba más adecuada para dar cuenta de los problemas que enfrentan los juristas día a día. Es habitual, en cambio, encontrar en los libros de derecho procesal algunos párrafos introductorios sobre la noción general de prueba, pero raras veces van más allá de la reiteración de algunos lugares comunes, más o menos justificados.

Las razones de la despreocupación por los problemas de la prueba tanto de la teoría del derecho como de la dogmática procesalista podrían situarse en el marco de una específica concepción de la prueba que, siguiendo a TARUFFO, puede denominarse “cerrada” (*vid.* TARUFFO, 1992: 317 ss.). Esta concepción se caracterizaría por: *a*) considerar que todo el fenómeno de la prueba está comprendido y recludo en las normas jurídicas que se ocupan del mismo, de forma que sólo vale la pena examinar y sistematizar esas normas; *b*) sostener que sólo son pruebas las que están previstas y reguladas en normas jurídicas específicas, excluyendo la admisibilidad de las denominadas pruebas atípicas, y *c*) asumir la tendencia a considerar que la regulación jurídica de la prueba constituye un contexto autosuficiente y autónomo respecto de cualquier otro sector de la experiencia. Por ello, se excluye la utilización de conceptos y nociones provenientes de esos otros sectores o de una teoría de la prueba en general, no específicamente jurídica (TARUFFO, 1992: 317-318).

Pues bien, el presente trabajo pretende abordar, desde la óptica de la teoría del derecho, los problemas conceptuales de la noción de

---

<sup>2</sup> En ese sentido, dice SERRA DOMÍNGUEZ (1962: 355) que «el tema de la prueba constituye uno de los menos profundizados de la ciencia del Derecho. Y, sin embargo, es el estudio de la prueba uno de los más interesantes y fructíferos del Derecho Procesal en cuanto que no sólo constituye la esencia del proceso [...] sino que abarca con mayor o menor influencia todo el ámbito del proceso».

prueba y de hecho probado, así como las posibilidades de justificación racional de la selección de las premisas fácticas del razonamiento judicial.

Para ello, partiré del análisis de un enunciado tipo: “Está probado que  $p$ ”, cuando ese enunciado es emitido por un juez en el marco de un proceso formando parte de la declaración de hechos probados.

He señalado ya que el objeto del análisis es la noción general de prueba. Con ello quiero poner de manifiesto que, en mi opinión, no hay una diferencia conceptual entre la prueba civil, penal, administrativa, laboral, etc. Tiendo a pensar que, en realidad, no hay tampoco una diferencia conceptual entre la prueba jurídica y aquella que es propia de cualquier otro ámbito de la experiencia, pero esto va más allá, en todo caso, de los objetivos de este trabajo y no dedicaré mayor esfuerzo en justificarlo. Como señala SENTÍS MELENDO (1979: 10), «el estudio de la prueba hay que plantearlo sin la preocupación de si la prueba es la civil o la penal, porque creo que se incurre en el mayor de los errores al distinguir entre ellas: la prueba es la misma en la justicia civil que en la justicia penal, en la del trabajo que en la administrativa; y hasta puede decirse que es la misma en la actividad judicial que fuera de ella» (en el mismo sentido, entre otros, ECHANDÍA, 1981: 9-10, 16 y TARUFFO-HAZARD, 1983: 92 y 95).

En cualquier caso, es obvio que en cada uno de los ordenamientos jurídicos y, en su interior, en cada una de las jurisdicciones, podrán regir reglas sobre la prueba distintas, regulaciones diversas sobre la admisión o la valoración de la prueba, etc. Pero ello no supone necesariamente que la noción de prueba o la de hecho probado quede sustancialmente alterada o deba ser construida *ad hoc* para cada uno de esos ámbitos.

Así, por ejemplo, si se entiende, como defenderé en el trabajo, “Está probado que  $p$ ” como “Hay elementos de juicio suficientes a favor de  $p$ ”, puede suceder que ordenamientos o jurisdicciones distintos establezcan criterios de exigencia diversos respecto a la suficiencia de los elementos. Suele decirse, en ese sentido, que la exigencia en el ámbito penal es más fuerte que en el ámbito civil, etc.

El segundo capítulo está íntegramente dedicado al análisis de la relación entre las nociones de prueba y verdad. Esa relación podría ser considerada como el núcleo sobre el que gira la totalidad del trabajo. En efecto, el análisis de la fuerza de los enunciados probatorios que se realiza en el primer capítulo presupone ya algunas de las tesis que se defienden en el segundo y le sirve de introducción. Y del mismo modo, la discusión acerca de la relación entre prueba y actitudes proposicionales presupone también que los enunciados probatorios son aptos para la verdad.

Vale la pena advertir al lector desde el inicio que no encontrará en este trabajo una discusión acerca de la noción de verdad. Está presupuesta la asunción de una teoría de la verdad como correspondencia y es la relación entre la prueba y esa noción de verdad la que se analiza en las páginas que siguen<sup>3</sup>.

Por último, quisiera advertir que, voluntariamente, he querido mantener cuanto se dice en el trabajo en el ámbito del análisis conceptual de las nociones de prueba y de hecho probado. Esto permite, creo, que el análisis presentado sea compatible con muy distintas doctrinas acerca de la justificación de las declaraciones de hechos probados. Podrá decirse, por ejemplo, que un enunciado probatorio del tipo “Está probado que  $p$ ” está justificado cuando  $p$  resulta verosímil, o cuando tiene un cierto grado de probabilidad subjetiva o lógica, etc. Éstas serán, en todo caso, doctrinas distintas acerca de la suficiencia de los elementos de juicio para sustentar la aceptación de  $p$  y no serán abordadas en este trabajo.

\* \* \*

Durante la elaboración de este trabajo he tenido la oportunidad de presentar algunas de sus ideas y recibir las observaciones y sugerencias de los participantes en diversos foros y congresos que me han permitido mejorar la presentación, evitar confusiones y repensar ideas que, con toda seguridad, han contribuido a la obtención de un mejor resultado final. Por ello, debo un sincero agradecimiento a los participantes en el III Seminario Internacional de Teoría del Derecho, Bahía Blanca (Argentina), 2000; en el IX Seminario Internacional de Teoría y Filosofía del Derecho, Vaquerías (Córdoba-Argentina), 2000; en el VI Congreso Ítalo-Español de Teoría del Derecho, Trapani, 2000, y en el I Foro Analítico de Teoría del Derecho, Murcia, 2002. En especial, Manuel CACHÓN, Bruno CELANO, Paolo COMANDUCCI, Mercedes CUYÁS, Daniel GONZÁLEZ LAGIER, Riccardo GUASTINI, Jorge MALEM, Josep Lluís MARTÍ, Daniel MENDONCA, José Juan MORESO, Michele TARUFFO y Josep Maria VILAJOSANA, así como mis compañeros de las áreas de Filosofía del Derecho de la Universidad Pompeu Fabra y la Universidad de Girona, han seguido la elaboración del trabajo con espíritu crítico y la mejor de las disposiciones.

---

<sup>3</sup> Una presentación mínimamente cuidadosa de los distintos problemas y de las teorías acerca de la noción de verdad requiere un estudio específico mucho más voluminoso que éste. La bibliografía al respecto es realmente inabarcable y no tiene sentido pretender ofrecer una indicación bibliográfica exhaustiva. Una selección muy cuidada puede verse en NICOLÁS y FRÁPOLLI, 1997.

# CAPÍTULO PRIMERO

## SENTIDO Y FUERZA DE LOS ENUNCIADOS PROBATORIOS

### 1. INTRODUCCIÓN

Una buena forma, en mi opinión, de acercarse al estudio y análisis de la noción de prueba, en general y jurídica en particular, puede ser plantear qué es lo que decimos y hacemos cuando formulamos enunciados del tipo “Está probado que Juan mató a Pedro” o “Está probado que María llamó por teléfono a Pablo a las cinco de la tarde”. De modo general, denominaré a los enunciados que tienen la forma “Está probado que  $p$ ” (o que son reconducibles a ella) enunciados probatorios<sup>1</sup>.

Ahora bien, en lo que acabo de señalar hay dos aspectos distintos que convendría analizar separadamente. Así, muy rudimentariamente, cabe distinguir entre aquello que se pregunta mediante las siguientes interrogaciones: «¿Qué ha hecho el juez cuando ha emitido “Está probado que  $p$ ”?» y «¿Qué significa “Está probado que  $p$ ”?» (*vid.* AUSTIN, 1962: 138 ss., y una buena explicación de las tesis de AUSTIN en ESCANDELL, 1996: 43 ss.). O, en otras palabras, entre la fuerza y el sentido de un enunciado. El sentido está relacionado con aquello que se dice

---

<sup>1</sup> Me doy cuenta que esta terminología puede resultar confudente, como me ha advertido Josep AGUILÓ. Podría, en efecto, pensarse que los enunciados probatorios son enunciados «que prueban», del mismo modo que, por ejemplo, los enunciados interpretativos «interpretan». No obstante, con la advertencia de que llamaré «enunciados probatorios» a los enunciados que declaran probadas proposiciones sobre los hechos, mantendré la terminología por la banal razón de no encontrar otra mejor.

al emitir un enunciado; en cambio, la fuerza tiene que ver con aquello que se hace al emitirlo (prescribir una conducta, describir un estado de cosas, preguntar algo, expresar una emoción, etc.). Resulta habitual, en filosofía del lenguaje, distinguir entre las dimensiones locutiva e ilocutiva del lenguaje, respectivamente, para referirse a las nociones de sentido y fuerza de un enunciado. Así, se destacan dos posibles fuentes de interferencias en la comunicación lingüística: en la primera de ellas, el problema proviene de la incomprensión por parte del destinatario del mensaje del sentido de aquello que le ha sido dicho; en la segunda, en cambio, el problema se produce, aun estando claro el sentido, por no estar claro qué se quiso hacer al decir lo que se dijo, esto es, qué acto verbal se realizó por parte del emisor del mensaje —formuló una pregunta, un mandato, una descripción del mundo, un ruego, etc.— (CARRIÓ, 1965: 17 ss.).

Pues bien, el objeto principal de este primer capítulo será, precisamente, el análisis de los enunciados probatorios desde las dos perspectivas recién señaladas como un primer paso en la labor del análisis conceptual de la noción de prueba.

## 2. LA FUERZA DE “ESTÁ PROBADO QUE *P*”

Hay, al menos, tres formas en que puede concebirse la fuerza del enunciado “Está probado que *p*”, que, respectivamente, le atribuyen fuerza constitutiva o realizativa, normativa y descriptiva. Resulta importante observar, sin embargo, que no tiene sentido pretender *descubrir* de forma genérica qué fuerza tienen los enunciados del tipo “Está probado que *p*”. Cuál sea su fuerza dependerá, en cambio, de cada enunciación concreta del mismo, de cada instancia de uso. No obstante, ello no implica que no tenga sentido un análisis como el que sigue. Así, por ejemplo, tiene sentido analizar cuáles son las consecuencias de atribuir una u otra fuerza al enunciado en cuestión cuando éste es emitido por parte de un juez en la declaración de hechos probados contenida en una sentencia.

### A. “Está probado que *p*” como enunciado constitutivo

Uno de los autores que, en mi opinión, más claramente ha defendido esta posición es KELSEN. Así, puede leerse en su *Teoría pura del derecho*:

«[...] la verificación del hecho delictivo es plenamente una función constitutiva que cumple el tribunal» (KELSEN, 1960: 248).

«La determinación del hecho condicionante, por parte del tribunal, es, por lo tanto, constitutiva en todo sentido. [...] No es el hecho en

sí, el haber muerto un hombre a otro, sino el hecho de que un órgano competente según el orden jurídico haya establecido, conforme a un procedimiento determinado por ese orden, que un hombre ha cometido un homicidio, lo que configura la condición estatuida por el orden jurídico [...]» (KELSEN, 1960: 249)<sup>2</sup>.

También en otras obras KELSEN expresa la misma tesis con afirmaciones de corte muy similar (*vid.*, por ejemplo, KELSEN, 1945: 160 y 161). Y lo mismo puede decirse de otros autores como MACCORMICK (1989: 11). Si bien KELSEN no define expresamente en qué sentido usa el término “constitutiva” referido a la determinación de los hechos del caso en un proceso judicial, creo que resulta plausible suponer que KELSEN hace referencia a que la determinación de los hechos en el proceso es el resultado de una actividad decisoria —que estaría en oposición con la actividad cognoscitiva— (MAZZARESE, 1996: 65 y PASTORE, 1996: 80-81).

No pretendo abordar aquí un análisis exhaustivo de las tesis kelsenianas respecto de la prueba de los hechos en el proceso. No obstante, creo que puede sostenerse que, en este punto, el interés fundamental de KELSEN se centra en dar cuenta del hecho de que las decisiones de los tribunales, también en lo que conciernen a los hechos del caso, producen efectos jurídicos con independencia de la verdad de sus enunciados. En ese sentido, la tesis de la constitutividad de las declaraciones de hechos probados jugaría un papel similar, respecto de los hechos, que el que tiene la tesis de la cláusula alternativa tácita, respecto de las normas<sup>3</sup>. Se trataría, en ambos casos, de un intento por mantener la validez de la decisión o de la norma dictada como una forma de explicar su eficacia.

Además, una consecuencia evidente de predicar la fuerza constitutiva de los enunciados del tipo “Está probado que *p*” es la imposibilidad de afirmar su falibilidad. En otras palabras, no sería posible

---

<sup>2</sup> En España, NIETO se ha pronunciado recientemente de forma muy clara en ese mismo sentido: «[...] el juez ha de resolver siempre; y de la misma manera que si no encuentra una ley adecuada, se la crea él mismo (sin esperar a que el Parlamento lo haga), si no consigue averiguar con certeza los hechos, se los inventa, ya que éste es el único modo de llegar al fallo. Dicho de otra manera, la relación judicial de hechos no es, en sentido procesal, un acto declarativo, sino constitutivo o, más precisamente, una “declaración constitutiva a efectos procesales”» (NIETO, 2000: 248-249).

<sup>3</sup> Se expresa de una forma muy clara en ese sentido MERKL (1925: 353), quien haciendo referencia a la determinación judicial de los hechos dice que «si la sentencia penal fundada en un “error judicial” obtiene fuerza de cosa juzgada, no puede ya hablarse de su contradicción con el ordenamiento. Cualquier cosa que el juez haga con fuerza de cosa juzgada está cubierta por el ordenamiento. *En línea de principio*, la ley ha pretendido un determinado resultado, pero subsidiariamente cualquier solución distinta es también jurídicamente querida. Junto con la directiva de una más o menos *determinada* solución del caso jurídico, la ley también confiere al juez un mandato más o menos amplio para soluciones *distintas* del mismo caso».

predicar verdad o falsedad de las declaraciones de hechos probados contenidas en las sentencias judiciales<sup>4</sup>. MAZZARESE propone una defensa de KELSEN en este punto, sosteniendo que la distinción entre verdad jurídica y verdad *tout court* no niega, sino que presupone la falibilidad del juez: «Si se asumiese la infalibilidad del juez no sería necesario recurrir al concepto de verdad *jurídica*» (MAZZARESE, 1996: 82. La cursiva es de la autora). Ahora bien, en mi opinión, si bien es cierto que la noción de verdad jurídica (o judicial o formal) se introduce en la teoría procesal como una respuesta al problema de la falibilidad del juez en el conocimiento de los hechos ocurridos, también lo es que la asunción posterior de la verdad jurídica como única finalidad de la determinación judicial de los hechos y, por otro lado, la tesis de la constitutividad de la decisión del juez en la determinación de la verdad judicial, convierte a esa decisión en incontrolable racionalmente.

Por otro lado, he sostenido que hay un cierto paralelismo entre la tesis kelseniana de la constitutividad de la premisa fáctica del razonamiento judicial y la tesis de la cláusula alternativa tácita. Aunque no es éste el lugar oportuno para detenerse en la defensa kelseniana de la tesis de la cláusula alternativa tácita, ni tampoco en sus problemas (*vid.* al respecto, entre otros muchos, VERNENGO, 1960; RUIZ MANERO, 1991; MORESO, 1993; BULYGIN, 1995 y COMANDUCCI, 1998), sí vale la pena, en cambio, decir algunas palabras acerca de la supuesta constitutividad de los enunciados de las declaraciones de hechos probados.

En primer lugar, es importante destacar que el reconocimiento de la producción de efectos jurídicos por parte de una decisión judicial, no conlleva necesariamente que deba negarse la falibilidad de esa decisión. Así, resulta perfectamente compatible decir que el juez se ha equivocado en la determinación de los hechos probados (de acuerdo con los elementos de juicio presentes en el expediente) y, a la vez, que la decisión judicial produce efectos jurídicos e, incluso, que no cabe ningún tipo de recurso para corregir el error producido.

Es más, en segundo lugar, si se supone que una de las funciones principales del derecho es dirigir la conducta de los destinatarios de las normas, debe sostenerse también que, *prima facie*, son las descripciones de esas conductas las que se incorporan al razonamiento judicial a los efectos de la aplicación de las normas (en este sentido, cfr. ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1989: 313 y BULYGIN, 1995: 22). De otro modo, los ciudadanos no tendrían ninguna razón para comportarse conforme

---

<sup>4</sup> Resulta sorprendente, en este sentido, la similitud de la tesis sostenida por KELSEN en este punto con las de algunos realistas americanos. *Vid.*, por ejemplo, FRANK (1930: xviii), donde puede leerse: «los “hechos” [...] no son objetivos. Ellos son lo que los jueces dicen que son».



con lo prescrito por el derecho<sup>5</sup>. En otras palabras, sólo si de alguna forma es la descripción de las conductas de los destinatarios de las normas lo que se incorpora al razonamiento judicial, esas conductas resultarán relevantes para la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en las normas; en caso contrario, si fuera el juez quien constituyera el antecedente fáctico de la aplicación de aquellas consecuencias, no podría motivarse la conducta de los ciudadanos, puesto que ésta resultaría irrelevante al efecto de esa aplicación.

### B. “Está probado que *p*” como enunciado normativo

Por supuesto, no sólo si se sostiene que “Está probado que *p*” tiene fuerza constitutiva se niega la posibilidad de adjudicar a ese enunciado valores de verdad. También sucede lo mismo si se entiende que el enunciado en cuestión tiene fuerza normativa.

Éste es el caso, por ejemplo, de OPPENHEIM, quien afirma que el enunciado

«[...] “Stanley es un ciudadano americano”, pronunciado por un juez en uso de su competencia, constituye un enunciado jurídico que produce efectos jurídicos. Lo mismo puede decirse de “A es culpable de asesinato”, pronunciado por un juez competente o bien por un jurado. “Asesinato” es un concepto jurídico, definido por el Código Penal como matar intencionadamente a otro. Mientras que “A ha matado intencionalmente a B” puede ser entendido como un “hecho natural”, no existe un “asesinato natural”, sólo hay “asesinatos en sentido jurídico”. A pesar de su forma indicativa, el veredicto “A es culpable de asesinato” es normativo. Ese veredicto expresa la obligación jurídica del juez de condenar a A por haber cometido el crimen. Su decisión es jurídicamente vinculante incluso si el enunciado “A mató a B (intencionadamente)” es empíricamente falso. También es normativa la previsión del Código Penal [...] estableciendo la pena de prisión para el asesinato: establece que cualquier tribunal que considere culpable a alguien de asesinato tiene el deber de condenarlo correspondientemente» (*vid.* OPPENHEIM, 1995: 290).

---

<sup>5</sup> FERRAJOLI (1989: 36 ss.) ha señalado que deben rechazarse las tesis decisionistas, como él las denomina, porque son incompatibles con una concepción garantista del derecho. Ahora bien, si bien coincido con FERRAJOLI en el rechazo de las tesis decisionistas, creo que éstas no son pasibles de la crítica que él les dirige: estas tesis son de tipo descriptivo o, como máximo, conceptual; en cambio, la concepción garantista del derecho que defiende FERRAJOLI es de tipo normativo. Por ello, no estando en el mismo plano, no pueden en ningún caso ser incompatibles. Sí puede predicarse una relación entre una tesis descriptiva y otra normativa cuando aquella muestra la imposibilidad fáctica de cumplir la última (por aplicación del principio “debe implica puede”); en cambio, nunca una tesis normativa puede servir como objeción a otra de tipo descriptivo.