

DEL JUICIO DE DIOS A LOS JUICIOS DE LOS HOMBRES. UNA APROXIMACIÓN AL PROBLEMA DE LA «VERDAD» EN EL DERECHO¹

José MARTÍNEZ DE PISÓN

CATEDRÁTICO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

SUMARIO: I. LA VERDAD EN EL DERECHO. PROBLEMAS Y JUSTIFICACIONES. II. DEL JUICIO DE DIOS AL JUICIO DE LOS HOMBRES. III. ALGUNAS CLAVES DE LA JUSTIFICACIÓN RACIONAL DE LAS DECISIONES JUDICIALES. IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El derecho es un orden normativo inspirado en el valor Justicia. Pero, ¿este enfoque del derecho implica que la búsqueda de la verdad sea el objetivo principal de la tarea de los operadores jurídicos? Algunas decisiones recientes dan la impresión que no sea ésta la labor principal de los aplicadores del derecho. Sin embargo, un análisis de la historia del derecho probatorio, de los modos de la prueba de los hechos, muestra que siempre ha existido, de un modo u otro, la aspiración de encontrar los hechos realmente acaecidos. Pero, paradójicamente, esos modos de la verdad jurídica se muestran como un Gran Engaño. Por eso, la filosofía del derecho insiste en la necesidad de una justificación racional de las decisiones jurídicas.

PALABRAS CLAVE: verdad, derecho, prueba, derecho probatorio, ordalía, prueba tasada, libre apreciación del juez, justificación racional del derecho.

FROM GOD’S JUDGMENT TO HUMAN JUDGEMENT: AN APPROACH TO THE PROBLEM OF «TRUTH» IN THE LAW

ABSTRACT: The law is a regulatory order based on the value of Justice. But does this approach to the law imply that the search for truth is the main aim of the work of legal practitioners? Some recent decisions suggest that this may not be the main task of those who apply the law. Nevertheless, analysis of the history of the law of evidence, of the methods of proving facts, shows that, in one way or another, the desire to uncover the truth of what really occurred has always existed. Paradoxically, these methods of seeking legal truth are highly deceptive. The philosophy of law, therefore, stresses the need for the rational justification of legal decisions.

KEYWORDS: truth, law, proof, law of evidence, trial by ordeal, weighted evidence, judge’s discretion, rational justification of law.

¹ Este texto es una versión algo más elaborada de la conferencia impartida en el XI Curso de Verano Ciudad de Logroño que llevaba el título *El bazar de las verdades* y que tuvo lugar los días 5 a 7 de septiembre de 2018. Agradezco a su director, el profesor y amigo LUIS ESPAÑOL, el haberme brindado su confianza para este cometido y pido disculpas por haberme permitido la licencia de mantener el tono oral que, pese a las correcciones, es evidente. Ha sido posible la publicación de este artículo gracias a las ayudas de la Universidad de La Rioja y del Banco Santander.

I. La verdad en el Derecho. Problemas y justificaciones

«La verdad en el Derecho» no es una cuestión fácil de afrontar. Por eso, cuando el Director del curso del verano me invitó a participar en él, sentí un escalofrío que recorría mi cuerpo, pues soy conocedor de las repercusiones sociales y mediáticas que suelen tener las verdades o las falsedades del derecho. La diferente perspectiva con la que suelen ser analizadas algunas decisiones basadas en normas jurídicas.

Por algo, de las profesiones, la del abogado es una de las que más chistes genera, como también la de otros operadores jurídicos, como jueces, notarios, inspectores varios, etc. Lo que suele plasmarse en la mala fama que los profesionales del derecho tenemos que soportar. Mala fama que suele manifestarse en la idea de que somos mentirosos, los primeros que incumplimos las normas, corruptos, etc. Que, al final, somos los que nos repartimos o nos apropiamos de los dineros.

En lo que a mí respecta, que soy filósofo y jurista, los dos términos propuestos como marco para esta intervención –«verdad» y «Derecho»– son harto problemáticos. En las sesiones que llevamos del curso ya hemos podido discutir sobre las controversias y las dificultades para definir el término «verdad». Por cierto, filosófica y socialmente muy degradado en los últimos años. Se dice que estamos en el tiempo de la postverdad para hacer referencia así a las nuevas formas de construir la verdad o, mejor, al triunfo de la mentira (o de las *fake news*). En todo caso, por resumirlo en pocas palabras, la filosofía de la verdad ha ido evolucionando, desde el inicio del pensamiento racional, desde la Verdad Absoluta, con mayúscula, a las verdades relativas y a la tesis de la verdad consensuada (J. HABERMAS y otros). Cada vez más hemos llegado a ser conscientes de la imposibilidad de encontrar la esencia de este concepto, su valor objetivo y universal, y, en consecuencia, nos conformamos con parcelas de la verdad o con acuerdos de mínimos.

El segundo término de esta ecuación, «Derecho», es igualmente oscuro, por no decir, de imposible definición. Permítanme que les cuente algo de mi experiencia docente. Dentro de unos días, iniciamos en la Universidad de La Rioja un nuevo curso en el que imparto en primer curso de Derecho la asignatura de *Teoría del Derecho* a los futuros profesionales del derecho. El primer día de clase planteo la cuestión sobre « ¿qué es el derecho? ». Las respuestas son múltiples de acuerdo a la experiencia personal o familiar que cada uno de los estudiantes ha tenido, teniendo en cuenta que la enseñanza no universitaria apenas se da unas nociones muy básicas sobre el derecho.

Y es que la definición de lo que es el derecho es una de las cuestiones más controvertidas e, incluso, cabe decir de imposible definición. Después de siglos de experiencia jurídica, la comunidad científica ha sido incapaz de alcanzar un cierto consenso sobre el concepto de derecho. Así como en otras disciplinas del conocimiento es posible delimitar el objeto y el método y, por tanto, una definición de su ámbito científico, eso no ha sido posible para el derecho por parte de los juristas. Pensemos en ciencias como la química, la física, la medicina, la biología u otras vinculadas a las ciencias sociales y humanas, como la economía, la sociología, la historia, etc. Todas ellas tienen resuelto el dilema del estatuto científico de su ámbito de conocimiento. Esto no ha sido posible en la ciencia jurídica por motivos ideológicos, filosóficos, filológicos, y de diversa índole.

Para que veamos la complejidad de una cuestión aparentemente baladí, permítanme que profundice un poco más en las procelosas aguas de la reflexión iusfilosófica. Para atajar el «nudo gordiano» que ata tanto a la ciencia jurídica, el iusfilósofo argentino MICHAEL REALE elaboró, hace cinco décadas, una teoría que se conoce con el nombre de la teoría tridimensional del derecho. Esta visión, en este contexto tan oscuro, se ha convertido en el mejor y más claro acercamiento a lo que es el derecho². Aunque sea muy brevemente, hago a continuación una explicación de esta propuesta. La que REALE puso de manifiesto es que el derecho tiene tres dimensiones aparentemente estancas y que el significado que queramos conferirle dependerá de la dimensión en la que nos centremos. Estas dimensiones son: la dimensión valorativa, la dimensión normativa y la dimensión fáctica. O lo que es lo mismo, el derecho podemos analizarlo como valor, como norma y como hecho. Según la dimensión de nuestra preferencia –valor, norma o hecho–, nuestra visión del derecho, de sus fines, de su estructura, de su significado, será distinto y, además, de difícil encaje con el resto de opciones filosóficas. De hecho, cada una de estas dimensiones ha tomado cuerpo, a lo largo de siglos de reflexión iusfilosófica, en las concepciones más relevantes: el iusnaturalismo, el positivismo y el realismo jurídico.

La cuestión se complica aún más puesto que, incluso, dentro de cada una de las dimensiones, no existe tampoco unanimidad. Más bien, todo lo contrario. Cada una de estas posiciones filosóficas ha dado lugar a numerosas versiones y variaciones que, no siempre, han casado sus puntos de vista con coherencia. Pensemos, por ejemplo, en la dimensión valorativa. Centra su perspectiva en la visión del derecho como valor, en lo que debe ser, en el ideal las normas jurídicas deben plasmar en la realidad y en la vida social. Pero, ¿qué valor es el que debe inspirar al derecho?, ¿cuál debe determinar su contenido?, ¿qué ideal debe regular para construir un orden social?, en suma, ¿cuál es el modelo de sociedad que queremos materializar en nuestra convivencia? La libertad, la igualdad, la seguridad, la fraternidad o solidaridad y, sobre todo, la justicia, son los valores candidatos a satisfacer el ideal del derecho. La Justicia es, por encima de todos, el valor que parece representar el ideal del derecho. Pero, aunque parece que ya hemos llegado a buen puerto, en realidad, los problemas de definición no han hecho nada más que empezar al ser el de la Justicia una de las nociones básicas más controvertidas.

Como se ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones –entre otros, uno de los iusfilósofos más importantes del siglo XX como es HANS KELSEN–, la humanidad no ha podido ponerse de acuerdo en el significado del valor Justicia en veinticinco siglos de debate. Y, sin embargo, su presencia es constante en la sociedad y en la vida del derecho. Muchos ciudadanos identifican al derecho, a sus normas, a la actuación de los operadores jurídicos con el ideal de la Justicia. Todavía hoy repetimos la famosa definición del jurista romano del siglo III de nuestra era, DOMICIO ULPIANO «Justicia es dar a cada uno lo suyo» (*suum cuique tribuere*)³. Definió, pues, «la justicia como la continua y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo». Pero, qué es dar a cada uno lo suyo, cómo sabemos el sujeto y el objeto de lo que hay que dar «justamente». Irremisiblemente, una definición del valor Justicia remite a otros valores y a otras nociones básicas sobre los que no hay consenso.

² LUCAS, J. de y otros, *Lecciones de Introducción al Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 30-31.

³ «Los preceptos del derecho son: vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo suyo».

En definitiva, « ¿Qué es la Justicia? ». Cualquier intento de definición requerirá un criterio de concreción, de razón práctica, que permita su materialización y éste a su vez otro, y así sucesivamente en un proceso al infinito, que, como ya demostró Ch. PERELMAN (1964), resulta insuficiente y, a la postre, frustrante, pues lo único que se acaba por constatar son las *antinomias de la justicia*, esto es, que la aplicación de criterios prácticos de justicia genera más injusticia.

En fin, «Verdad» y «Derecho» son dos conceptos de muy difícil concreción y ello hace que cualquier debate o el enfoque de la respuesta sean también muy inciertos. Con la diferencia de que las decisiones del derecho, de los operadores jurídicos que usan el derecho, tienen consecuencias prácticas muy importantes. Con él, modelan la sociedad, pero al mismo tiempo inciden en la vida de las personas, pues el derecho no deja de ser un instrumento, muchas veces muy eficaz, de mandato, de control y de coacción. No deja de ser una técnica de ingeniería social, como bien descubrió la jurisprudencia sociológica hace ya tiempo y, entre otros, R. POUND.

II. Del juicio de Dios a los juicios de los hombres

Con este título, pretendo enmarcar el difuso espacio de las relaciones entre la verdad y el derecho. Como técnica de ingeniería social, el derecho se justifica por el cumplimiento de, al menos, dos importantes funciones. Por un lado, la función de orientación de comportamientos. Las normas jurídicas establecen modelos de conducta que deben ser cumplidos por los ciudadanos que, en caso contrario, deberán soportar la correspondiente sanción. Goza así de una autoridad especial, pues se presenta a sus destinatarios como un conjunto de mandatos reforzados por unas consecuencias, que pueden ser negativas o positivas. Por otro lado, la función de resolución o de tratamiento de conflictos, según la cual el derecho y sus organizaciones procuran engrasar la vida social eliminando las tensiones o los roces que puedan surgir y, en última instancia, dando una respuesta razonable, aceptable o lo más correcta posible a los conflictos sociales o litigios entre particulares. Una de sus virtualidades es precisamente eliminar la venganza privada.

El derecho, pues, tiene, entre sus funciones prioritarias, la de resolución de los conflictos sociales. Es decir, es un instrumento para amortiguar las tensiones entre los individuos o los grupos de manera que puedan aceptarse las relaciones sociales y, en consecuencia, puedan darse las condiciones para la cooperación y la colaboración entre agentes sociales con un objetivo: el beneficio mutuo y la paz social.

Pero, no siempre esta función se realiza con «un éxito total», es decir, a plena satisfacción de los interesados y de la colectividad en la que pretende cumplirse esta misión. Por eso, en la actualidad, más que referirse a la resolución de conflictos sociales, los especialistas, los juristas sociólogos (V. FERRARI), prefieren afirmar que el derecho «trata», con más o menos tacto, los conflictos⁴. No los elimina. Si no los resuelve con éxito, éstos

⁴ «El derecho actúa como medio de tratamiento de los conflictos ofreciendo o imponiendo reglas, es decir, modelos de comportamiento inherentes a la decisión que sugiere el conflicto y a las modalidades en que puede ser adoptada dicha decisión». V. FERRARI, *Funciones del Derecho*, Madrid, Debate, 1989, p.168.

vuelven a la sociedad donde vuelve a rebrotar el conflicto hasta que se encuentra realmente la solución, si es que la hay.

Pues bien, esta perspectiva funcional del derecho nos remite a una de las dimensiones de M. REALE, antes apuntada: a la dimensión fáctica del derecho. Al derecho como hecho, en su relación con la realidad social y la vida de los agentes. Ésta es, precisamente, una de las zonas de contacto en las que la relevancia de la verdad como aspiración moral toca con el derecho. No es posible que el derecho cumpla sus funciones prioritarias de orientar el comportamiento de los ciudadanos y de resolución o de tratamiento de conflictos si no se mira en el espejo de la verdad. Gracias al derecho se crean instituciones que buscan reforzar y materializar estas funciones. No podrían realizarse sin una adecuada relación con la verdad.

Según lo anterior, la relación entre verdad y derecho puede establecerse en un doble espacio. Por un lado, la imposición de la Verdad a través de los mandatos jurídicos. Esta visión no goza, en la actualidad, de mucho prestigio, pues, de actuar de esta manera, estaríamos ante un derecho o una sociedad teocrática. Por otro lado, el segundo ámbito es el del descubrimiento de la verdad de los hechos que han dado lugar a un conflicto o a un litigio entre particulares, grupos o en el seno de la sociedad. Este es el espacio en el que se ubica en la actualidad el debate sobre la relación entre verdad y derecho en las sociedades modernas y entre los juristas que trabajan en el marco del Estado Constitucional de Derecho.

Aunque la relación entre derecho y verdad no sea imprescindible, sin embargo, parece necesaria. Esta relación de necesidad implica directamente a alguna de las instituciones sociales. El caso más paradigmático es el de la Administración de Justicia, que no es sino una de las organizaciones, probablemente, la más importante, creada por el derecho, por la sociedad y por el estado para engrasar la convivencia social y procurar la eliminación de las zonas de conflicto. Es difícil imaginar la corrección, incluso, la justicia de un veredicto sin la adecuada investigación de los hechos, sin la realización de las necesarias pruebas y, en consecuencia, sin la búsqueda de la verdad en los motivos que originaron dicho conflicto. Por eso, en la actualidad, se asume como algo normal que «el derecho depende fundamentalmente de cuestiones vinculadas con la verdad, los hechos y las pruebas»⁵. Aunque no sea una cuestión pacífica la de si la labor jurisdiccional deba o no tener como fin la búsqueda de la verdad.

Ahora bien, esta presencia del derecho como medio de resolución pacífica de conflictos ha existido históricamente desde que se establecieron las primeras reglas en las sociedades y se instituyó a determinadas personas con la autoridad suficiente para intermediar en las disputas entre individuos. Y los medios para pacificar la sociedad han sido históricamente muy variados, pero, en todo caso, han estado de acuerdo con la modelos sociales y con las visiones del mundo de cada etapa.

De ahí que pueda hablarse, en el tema que nos ocupa, de una evolución desde el «juicio de Dios» hasta «los juicios de los hombres» como forma de reflejar la noción de verdad en el derecho. Esta evolución ha consistido en el paso del conocimiento mágico al

⁵ L. LAUDAN, «Prólogo» a J. FERRER, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 15.

conocimiento racional de los hechos y de la verdad en el derecho. Cada modo de prueba ha sido vestido, desde siempre, con el ropaje de la racionalidad, al menos, a los ojos de los contemporáneos, alguno de los cuales tenía que soportar esos medios, pero cada uno de ellos, como veremos, esconde su propia irracionalidad. Hasta el punto que no es exagerado afirmar que esta constante obsesión por encontrar los medios correctos y racionales de búsqueda de la verdad aparece a los ojos de un observador imparcial como un *great deception* o *great lie*, como una «gran mentira», pues la racionalidad de los medios y, por tanto, de la búsqueda de la verdad ha escondido, en el mejor de los casos, las limitaciones del conocimiento humano y, en el peor, su parcialidad y discrecionalidad. Juicio del que no se salvaría nuestro moderno derecho y nuestros más conspicuos aplicadores.

Grosso modo, pueden establecerse cuatro etapas en la evolución de los procedimientos «legales» de la búsqueda de la verdad.

II.1. El juicio de Dios o la ordalía

La búsqueda de la verdad no es monopolio de las sociedades modernas. Las sociedades antiguas también anhelaban el descubrimiento de la verdad que condujera a la solución de los conflictos surgidos en su seno. El procedimiento último se le conoce con el nombre de «ordalía» o «juicio de Dios». La ordalía consistió en un variado conjunto de técnicas utilizadas por los jueces o por las personas encargadas de resolver los conflictos. Esas técnicas dependían de la concepción del mundo de esas sociedades. En aquellas que pensaban que el mundo estaba dominado por fuerzas ocultas y sobrenaturales se acudía a signos para interpretar su voluntad (fenómenos naturales extraños, vuelos de pájaros, análisis de vísceras de animales, etc.). Todo ello conformaba el primer pensamiento mágico.

Tras el imperio romano (conviene no olvidar que uno de sus legados más importantes es el derecho), esta práctica de pruebas se hizo habitual hasta que en 1215 el papa INOCENCIO III prohibió la participación de sacerdotes en este tipo de experimentos. Poco a poco, la ordalía fue desapareciendo como técnica de descubrimiento de la verdad y fue sustituida por otras aparentemente más racionales (documentos, escrituras, testigos, figura del notario, confesión, etc.).

¿En qué consistía la ordalía durante la Alta Edad Media hasta su prohibición? En una llamada a la intervención divina en la búsqueda de la verdad. Se pretendía que mediante el juicio de Dios se conociese cuál de las dos partes decía la verdad y tenía razón. Claro que las formas de buscar la voluntad de Dios eran, en algunos casos, crueles y muy diversas: el duelo judicial, la «prueba del agua», la «caldera hirviendo», el «hierro candente», la «prueba del fuego», etc.⁶. Quien salía indemne tenía la razón. «Todos estos medios de prueba eran llamados ‘juicios de Dios’, pues se fundaban, como premisa, en la convicción de que Dios, debidamente invocado para asistir a las partes, determinaría

⁶ Las pruebas eran realmente «inhumanas» o que sólo podía superarla quien tuviera capacidades «superhumanas». La «prueba del agua» consistía en echar a una poza o a una río a una persona con la mano atada al pie inverso y esperar a que alcanzase la superficie; la del fuego, ir andando sobre ascuas. El resto de pruebas ya podemos imaginarlas. El sujeto objeto de la ordalía debía salir indemne de ella, lo cual solía ser bastante difícil.

directamente el resultado de la prueba, haciendo evidente la inocencia o la culpabilidad de sujeto que se sometía a ellas»⁷.

La ordalía tiene una clara impronta en la cultura de las tribus germánicas. Con su cristianización, su práctica, sus procedimientos, sus reglas pasaron a ser controladas por la Iglesia católica y los sacerdotes. Fueron técnicas cuya celebración estaba minuciosamente detallada y cuya observancia garantizaba la validez de la prueba. Y, como puede suponerse, su éxito.

La ordalía cumplía un doble y paradójico papel. Por un lado, era un medio de prueba, a todas luces, *irracional*, pues consistía en la invocación de fuerzas sobrenaturales y su fundamento se basaba en un acto de fe sobre la intervención de esas fuerzas o de Dios. Pero, al mismo tiempo, eran *funcionalmente* racionales pues es indudable su éxito como instrumento del poder coercitivo, como medio de control social. Respondía a una concepción teológica del mundo y de la sociedad en la que la divinidad cumplía un importante papel en la justificación y en el mantenimiento del orden. La ordalía fue muy popular, precisamente, por su carácter sacro.

En la ordalía, el procedimiento era importante. Se exponía la demanda y la defensa de las partes ante el tribunal que «determinaba cuál era el objeto de la controversia y decidía qué pruebas debían ser practicadas y por qué parte». Después, se realizaba la ordalía que siempre era decisiva y su resultado claro: «la parte que se sometía a la ordalía debía ‘purgarse’ de la acusación que le habían dirigido la contraparte, y los resultados positivos o negativos de la prueba eran patentes para todos». No había recursos, ni necesidad de volver a intervenir judicialmente⁸.

Desde nuestra perspectiva, la práctica de la ordalía es, a todas luces, *irracional*. No va al conocimiento de los hechos, ni al descubrimiento de la verdad. «Que la culpabilidad o la inocencia dependan del vencimiento en un duelo o del éxito de un experimento natural, que en puridad demuestran la fuerza, la destreza o la suerte del reo pero nada a propósito de los hechos imputados, supone, en suma, romper el nexo entre ilícito y pena y hacer del proceso un medio que *constituye* (y no que intenta averiguar) la verdad»⁹.

II.2. El procedimiento inquisitivo o inquisitorial

A partir del siglo XII, se producen algunos hechos que determinan el abandono de la ordalía como medio de prueba. Por ejemplo, el descubrimiento del *Corpus Iuris Civilis* y la aparición de las primeras Universidades con Facultad de Derecho (Bolonia). Y, sobre todo, la aparición de las primeras escuelas de juristas que elaborarán el método dogmático de estudio y práctica del Derecho. Y, en 1215, la intervención papal antes mencionada¹⁰.

⁷ M. TARUFFO, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 16.

⁸ *Ibidem*, p. 17.

⁹ M. GASCÓN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 13.

¹⁰ Aunque la ordalía aún pervivió en algunas zonas de Europa durante un tiempo, fue poco a poco abandonada como práctica de la prueba de los hechos. Además, como afirma M. TARUFFO, «en todo caso, la hipótesis de la intervención divina en el combate judicial para provocar la victoria del adalid que representaba a la parte que tenía razón, había sido puesta en cuestión en numerosas ocasiones por los teólogos... Por otro lado, a esas alturas estaba claro que las ordalías resultaban teológicamente discutibles porque desafiaban a Dios en

Con el tiempo, se instauró en la práctica del derecho, en la resolución de los conflictos, un nuevo procedimiento con una nueva racionalidad. Los medios utilizados ya no apelarían a fuerzas sobrenaturales o a la divinidad y se centrarían más en nuevas formas de conocimiento de los hechos, como el uso de documentos, la intervención de testigos, la delación o la confesión. Estas técnicas conformarían el *procedimiento inquisitivo* que perduraría hasta principios del siglo XIX. Estos medios de prueba, de hallar la verdad, estarían más reglados en sus tiempos y procedimientos, procurarían enlazar con los hechos realmente acaecidos y objeto de litigio y adquirirían un estatus preferente en la averiguación de la verdad por el carácter claramente legal de su reconocimiento. Dicho de otra forma, adquirirían el estatus de «prueba formal» pues excluye, como la ordalía, la investigación y la libre valoración del juez, sustituyéndolas por otro tipo de juicio, aunque en esta ocasión no tenga el carácter de mágico. Como afirma M. GASCÓN, «la prueba legal del procedimiento inquisitivo es también, como la de ordalía, un tipo de prueba formal, si bien, frente a la magia precedente, el proceso inquisitivo quiere presentarse como racional»¹¹.

Precisamente, por este carácter tan tasado, para algunos, este procedimiento inquisitivo no carecía también de ciertas dosis de irracionalidad, pues la confesión del reo, en el marco de la práctica de pruebas inquisitoriales, adquirió tal relevancia que, al final, convirtió al tormento judicial en una pieza clave en la averiguación de la verdad. Dicho de otra forma, el sistema inquisitorial acabó deviniendo en un sistema basado en la delación y en la búsqueda de la confesión, como prueba irrefutable de la verdad de los hechos, a través del tormento y de horribles medios de tortura y de vejación de los supuestos culpables que, finalmente, acababan confesando con independencia de su culpabilidad. Aparte de otras deficiencias que fueron denunciadas por los ilustrados en el siglo XVIII (VOLTAIRE, FILANGIERI, como ha estudiado magistralmente L. FERRAJOLI¹²).

A pesar de todo, el procedimiento inquisitorial, como ejemplo también de la «prueba formal» o «tasada», supone un importante avance en la búsqueda de la racionalidad de la prueba. Como defiende GASCÓN, «con independencia de todo esto, el sistema en cuestión, rígido y formalista, aparentaba ciertas dosis de racionalidad o, si se quiere, de sometimiento a reglas en la tarea de comprobación de los hechos»¹³. Otro paso más en la evolución de la prueba en la búsqueda de la verdad que no deja de ser, como ya adelanté, un nuevo *great deception* o *great lie*, en la serie histórica.

II.3. Los juicios de los hombres: la prueba tasada o legal

Desde el inicio del siglo XIX, se va a producir una renovación muy importante del mundo del derecho cuyas consecuencias llegan hasta la actualidad. Un elemento determinante en esta transformación va a ser la materialización del proceso codificador en Europa continental, así como la emergencia del Estado liberal de Derecho. La Codificación

materias en las que, en cambio, hubiera debido usarse la razón humana» (TARUFFO, *Simplemente la verdad*, cit., p. 30).

¹¹ M. GASCÓN, *Los hechos en el Derecho*, cit., p. 14.

¹² L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, prolog. De N. Bobbio, Madrid, Trotta, 1995.

¹³ M. GASCÓN, *Los hechos en el Derecho*, cit., p. 14.

constituye un proceso transformador de la literatura jurídica, de la teoría y de la práctica del derecho. Coincide en el tiempo con la formación del primer pensamiento del positivismo jurídico y, sobre todo, con la elaboración del método «tradicional» de conceptualización del derecho. Esta primera versión de una concepción del derecho incluye diferentes aspectos que aún condicionan nuestra visión del mismo. Entre ellas, la idea del derecho mismo como norma, como mandato, como precepto acompañado de sanciones. Pero, sobre todo, una formulación de cómo debe aplicarse el derecho que, al menos, se basaba en tres premisas. Una primera por la cual los operadores jurídicos –entre ellos, jueces y magistrados, abogados y funcionarios– deben limitar su actividad a una mera labor exegética del texto jurídico pues éste expresa la voluntad del legislador racional. Como consecuencia, esa tarea se ciñe exclusivamente a la realización de una labor condicionada por la búsqueda de la voluntad inicial del legislador o lo que la teoría del derecho denominó como «interpretación subjetiva».

La segunda premisa instaurada por el método tradicional es, como consecuencia de lo anterior y de otras premisas de índole político, consistió en circunscribir la tarea del juez en la aplicación del derecho a un espacio bien delimitado, a ser única y exclusivamente la «boca que pronuncia la ley». Si los operadores jurídicos sólo podían indagar y, como mucho, investigar y aclarar la voluntad original del legislador, los aplicadores del derecho, especialmente, los jueces, veían limitada su labor a ponerse en el lugar de ese legislador racional y juzgar como él hubiera hecho en esa misma situación. Pueden imaginarse las consecuencias de este «como si», de esta presunción por la cual el juez se pone en el lugar de creador de la norma, y pueden imaginarse los efectos que sus decisiones pudieron acarrear, sobre todo, en los casos en los que la legislación se quedaba atrasada en relación a las transformaciones de la sociedad. Esto fue especialmente importante a finales del siglo XIX en pleno desarrollo de la economía capitalista en contraste con la legislación vigente más propia de una sociedad rural.

Por último, los juristas de esta época crearon una fina técnica de aplicación del derecho respondía a estos designios: el silogismo jurídico. Como H. KANTOROWICZ definió, una fina máquina lógica que, si bien respetaba los principios básicos de este primer positivismo, alejaba al derecho de la realidad. El silogismo jurídico o normativo, como es sabido, se estructura en una premisa mayor –la norma jurídica–, una premisa menor –los hechos fijados por el juez– y una conclusión –el fallo– que es consecuencia de la subsunción normativa, es decir, de la comprobación de que los hechos probados están regulados en la norma de la premisa mayor. Si es así, el juez no tiene nada más que, de forma automática, lógica, dictar una sentencia que previamente está ya recogida en la norma de la premisa mayor y que ha sido preestablecida por el legislador¹⁴.

¹⁴ «La opinión dominante se imagina al jurista ideal como a un alto funcionario estatal que está sentado en su celda armado exclusivamente con una máquina de pensar de la más fina especie. Su mobiliario es una mesa verde en la que se encuentra el código del Estado delante de él. Se le entrega un caso cualquiera, ya sea real o sólo supuesto y de acuerdo con su deber puede con ayuda de operaciones meramente lógicas y de una técnica secreta que sólo él comprende llegar a la decisión predibujada por el legislador con exactitud absoluta» (H. KANTOROWICZ, «La lucha por la Ciencia jurídica», en *La definición del derecho*, edic. de A. H. Campbell, trad. de J. M. de la Vega, Madrid, Revista de Occidente, 1964, p. 329). Sobre KANTOROWICZ y el movimiento de derecho libre puede ver se M. SEGURA, «Kantorowicz y la renovación jurídica», *Direito*, vol. II, n.º 2, 1993, pp. 113-130 y «El movimiento de Derecho Libre», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 10, 1993, pp. 423-446.

En este marco, el juez sólo podía practicar los medios tasados por la ley y debía hacerlo en los momentos y tiempos marcados en el derecho procesal. La ley misma establecía la importancia de las pruebas y de sus resultados en una aparente búsqueda de la verdad. Pero, lo cierto es que el rigor y la dependencia de estas normas procesales condujeron a que los procesalistas diferenciases entre la «verdad formal», aquella realidad que surge de la práctica de las pruebas legales, tasadas y que limitan la investigación judicial, y la «verdad material», aquella que, por otros motivos, aparecía como la verdad que realmente se produjo. Puede imaginarse la importancia de esta distinción a los ojos de la colectividad cuando la verdad procesal no se ajustaba a la percepción social de los hechos acaecidos y juzgados.

Con el tiempo, se demostró que la subsunción normativa no era tal, que la fijación de los hechos no era tan fácil como la ley preveía, que la calificación misma requería una intervención intelectual de los jueces o que su labor no se circunscribía a una mera exégesis de la ley o a la búsqueda de la voluntad original del legislador. Dicho de otra forma, bajo la apariencia del dominio de la lógica y la racionalidad, los jueces tomaban y toman numerosas decisiones decisivas, extralimitándose a la función que tradicionalmente les asignaba la teoría. F. GENY, a finales del XIX, fue un crítico duro y ácido de estas pretensiones de los teóricos y de los prácticos del derecho a las que calificó de «engaño», «ficción», de «exceso de lógica» y «normativismo»¹⁵. De nuevo, encontramos un nuevo *deception*, un nuevo engaño, en la búsqueda de la verdad en el mundo del derecho: el que pretende garantizar que, a través de modos tasados, legales, de prueba, es posible hallar la verdad.

Por eso, entre finales del siglo XIX y principios del XX, se propugnó una nueva fórmula de búsqueda de la verdad: la libre apreciación de la prueba. A pesar de todo, conviene tener presente que el modelo de la prueba tasada o legal sigue teniendo una importante presencia en nuestro ordenamiento jurídico que parece no confiar demasiado. Es más, está bien presente en nuestra legislación procesal e, incluso, la estructura habitual de las sentencias, tal y como las elaboran los jueces y magistrados, tiene un viejo aire que recuerda al silogismo jurídico. Y es que la aspiración a la consecución de una cierta certeza y seguridad, el logro de la justificación racional y la apariencia de una argumentación lógica sigue siendo muy importante.

¹⁵ Un ejemplo de la ácida crítica de F. GENY al método exegético dominante durante el siglo XIX: «...pronto se percibe el vicio capital del sistema, que es el de inmovilizar el derecho y cerrar el camino al desarrollo de toda idea nueva. De atenernos a las conclusiones del método tradicional, toda cuestión jurídica debe resolverse mediante las soluciones positivamente consagradas por el legislador. De esta suerte se permanece forzosamente y *para todo* en la situación en que nos encontrábamos *en el momento mismo de aparecer la ley*. Y cualquiera que sea la evolución posterior de las situaciones o de las ideas, falta autorización para traspasar el horizonte que el legislador descubrió en la época en que dictó la regla...

... Éste, para mí, vicio esencial del sistema de interpretación puramente legal y deductivo; esta falta de plasticidad que imprime el derecho positivo, se agrava con otra deficiencia ... Bajo la apariencia de permanecer fiel a la ley y a su pensamiento, el método tradicional da margen al subjetivismo más desordenado...» (F. GENY, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, Granada, Comares, 2000, pp. 48 y 49). Conviene no perder de vista que, a partir de estas críticas, GENY propuso la elaboración de un nuevo método jurídico que definió como «la libre investigación científica». Es evidente el paralelismo de esta propuesta y las posteriores concepciones sobre la prueba y sobre la búsqueda de la verdad en el derecho. Un interesante estudio sobre F. GENY en M. J. BERNUZ BENEITEZ, *François Geny y el Derecho. La lucha contra el método exegético*, Bogotá, Universidad del Externado, 2006.

II.4. Los juicios de los hombres: la libre apreciación de la prueba

En suma, en oposición a este sistema tan limitado y cerrado de la prueba legal y del silogismo jurídico, surgió la reivindicación de dar libertad al juez en la conducción del proceso probatorio y de la búsqueda de la verdad. Se acude así a la idea de la «libre apreciación», la «libre convicción» o «libre valoración» para justificar la capacidad del juez para investigar sin trabas legales, formales o burocráticas e impulsar la búsqueda de la verdad de los hechos¹⁶. Esta reivindicación de una actividad del juez sin cortapisas legales discurre paralela a la crítica a la ley y al código y a la entronización del «derecho vivo», del «derecho libre», de los usos y costumbres como fuente del derecho. De la misma manera que el aplicador del derecho podía apreciar libremente la prueba o los hechos mismos, podía también elaborar las normas al uso, ya sea siguiendo las fuentes formales o materiales del derecho, decidiendo, incluso, en contra de la ley. Del rigor y de la rigidez normativa y probatoria a la laxitud, a la discrecionalidad y, por qué no, a la arbitrariedad apreciativa.

El éxito de este método fue inmediato en detrimento de la rigidez de las fórmulas exegéticas, del limitado fin de la interpretación subjetiva y, a la postre, del automatismo lógico del silogismo jurídico. Frente a los modos tradicionales, la «libre apreciación del juez», tanto de la norma como de la prueba de los hechos, como de las operaciones necesarias para la búsqueda de la verdad, resulta más ágil, más adaptable a las realidades y necesidades del caso, en suma, más útil para el logro del objetivo final que no es otro que «fijar» correctamente los hechos realmente sucedidos y decisión de la resolución jurídicamente más justa. La equidad y la ponderación, junto a los aspectos anteriores, cobran también una especial importancia.

A primera vista, así pues, esta propuesta parece muy atractiva; más aún, desde las posibilidades de hallar la verdad de los hechos. Sin embargo, no puede esconderse que detrás de las decisiones de los jueces en el uso de su libre valoración se encuentran ciertas limitaciones que ponen en duda su racionalidad. En última instancia, detrás de la libre apreciación, los juicios del operador jurídico parecen fundarse, en muchas ocasiones, en sus convicciones, en ciertos elementos subjetivos –educación, formación religiosa, extracción social, sentimiento corporativo, clase social, etc.– que pueden condicionar su voluntad. Aún peor, la decisión última, como llegó a demostrar el realismo jurídico americano, acaba por justificarse en el recurso tan poco racional como la intuición (J. FRANK).

Los defensores de que el fin del derecho probatorio debe ser la búsqueda de la verdad no son en absoluto partidarios del método de la libre apreciación del juez tal y como eran los partidarios del movimiento antiformalista que siguió al triunfo de la codificación. En su opinión, este procedimiento adolece de tres graves errores: cae fácilmente en la arbitrariedad, supone la quiebra del principio de seguridad jurídica y rompe con la igualdad jurídica y, en definitiva, puede poner en riesgo el sistema de derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos en el Estado Constitucional de Derecho. Desde luego, no son acusaciones baladíes. Pues, como afirma M. GASCÓN, si bien la libre apreciación refleja

¹⁶ De nuevo, suenan en estas propuestas los ecos de F. GENY y H. KANTOROWICZ.

alguno de los ideales positivos de la Ilustración, en la praxis procesal postilustrada, «la libre valoración pasó pronto a ser entendida como valoración libre, sin sujeción a reglas de ningún tipo: el juez –se dice– llega a la libre convicción de los hechos a través de un sistema intelectual tan particular y subjetivo como el de cada persona. La libre convicción se interpreta entonces como una convicción ‘íntima’, y por tanto intransferible e incomunicable, sobre los hechos que se enjuician; una especie de momento ‘místico’, ‘extático’ del juzgador, insusceptible de ser captado por los demás y, en consecuencia, incontrolable. De manera que lo que en un primer momento fue un principio metodológico (negativo) culminó finalmente en un principio (positivo) de valoración capaz incluso de suplantar a las pruebas: la valoración libre e incontrolable del juez, que es una puerta abierta a la pura arbitrariedad judicial»¹⁷.

Cabe afirmar, de la misma manera que se ha hecho con el análisis de las anteriores etapas de la evolución procesal, que también en este caso estamos ante un cierto engaño en la creencia de que el modelo de la «libre apreciación de la prueba» es más racional que todo lo visto, pero, como puede entreverse de estas palabras, la racionalidad y la veracidad de las investigaciones no están tampoco asegurada, especialmente, si depende de elementos subjetivos o de impresiones personales. Al final, la búsqueda de la verdad de los hechos y, por tanto, el valor de la prueba depende de una «convicción íntima, libre, incomunicable, intransferible, y por ello irracional, incontrolable y arbitraria». Es obvio que la verdad de los hechos no puede depender de una íntima convicción.

El derecho procesal español, anclado en la familia de Derecho continental, sigue fuertemente inspirado en el modelo de la prueba tasada o legal. A pesar de ser una cuestión controvertida, parece que el objetivo de la investigación probatoria es la búsqueda de la verdad de los hechos. Tal sería la intención del legislador al regular los modos de realización de la prueba. No obstante, también se señalan alguna de las limitaciones de la regulación de este modelo en la legislación española: el establecimiento de pruebas tasadas, la prioridad de unas sobre otras, los tiempos de materialización, la primacía de la realización de algunos valores sobre otros, la admisibilidad de unas y no de otras, su relevancia procesal o su prescripción, prohibición de pruebas ilícitas, etc.¹⁸. Al mismo tiempo, se apunta que, junto a estas premisas, ya sea por la misma práctica judicial, ya sea por vía jurisprudencial, se han ido introduciendo elementos más apropiados al modelo de la libre valoración que al de la tradición procesalista. Entre estas novedades, suelen mencionarse el argumento judicial de la «apreciación conjunta de los hechos», la «justicia negociada» o la misma reconstrucción *in situ* de los hechos juzgados en base al «principio de inmediación»¹⁹. La conclusión de este

¹⁷ M. GASCÓN, *Los hechos en el derecho, cit.*, p. 142.

¹⁸ Vid. M. GASCÓN, *Los hechos en el derecho, cit.*, cap. III.

¹⁹ Como de forma clarividente afirma M. GASCÓN, la «apreciación conjunta de la prueba», plenamente avalada por nuestro Tribunal Supremo, no es sino un «subterfugio» por el cual el juez basa sus sentencias en su «íntima e intransferible convicción», en una impresión o en una corazonada, cuyo fin es el evitar la justificación racional y la motivación de sus decisiones. Lo mismo sucede respecto al papel de la reconstrucción fáctica de lo sucedido. Justificada en la idea de que la «inmediación» puede permitir una mejor apreciación de los diferentes elementos de la verdad, oculta, en realidad, que la decisión final se basa en «impresiones» subjetivas, no comunicables, por tanto, no justificables racionalmente. En suma, con fuerte carga de irracionalidad y subjetivismo. Vid. M. M. GASCÓN, *Los hechos en el derecho, cit.*, pp. 174-178.

análisis lleva a constatar que vamos evolucionando hacia un modelo mixto de búsqueda de la verdad y de apreciación de la prueba, y que se hace necesario repensar, una vez más, los medios de justificación de la prueba, el papel de la búsqueda de la verdad y, en suma, la necesidad de motivar y argumentar las decisiones judiciales.

III. Algunas claves de la justificación racional de las decisiones judiciales

En este contexto, la filosofía del Derecho hace tiempo que apuesta por la justificación racional de las decisiones, en particular, de las judiciales, entre cuyos elementos se incluirían los aspectos normativos y los fácticos de las sentencias. Se insiste, por supuesto, en que el objetivo de las decisiones jurídicas es el logro de la solución más justa posible y en que ello debe implicar la búsqueda de la verdad de los hechos y la aplicación más equitativa de las normas. Pero, sobre todo, en la necesidad de eliminar todos los elementos subjetivos e irracionales que han ido apareciendo y que, para ello, es imprescindible la correcta motivación de las sentencias y la justificación racional de las decisiones que se van tomando a lo largo del proceso, tanto las que tienen como fundamento la regulación procesal de la investigación de los hechos y los límites de la «prueba legal», como las que abren la vía a la libre apreciación del juez.

Se esgrimen, al menos, tres poderosos argumentos para que esto sea así. Primeramente, un argumento político. Las sociedades actuales y el estado han evolucionado hacia formas democráticas en las que la ciudadanía exige vías de participación y de control de las decisiones políticas y jurídicas. En la actualidad, las decisiones judiciales no pueden formularse al margen de las opiniones o de los valores socialmente compartidos. En consecuencia, la mera convicción del juez no es suficientemente fuerte si no va en línea de las apreciaciones socialmente compartidas. En segundo lugar, un argumento jurídico: la motivación de las decisiones de los jueces que fundan las sentencias permiten su control jurídico, esto es, la posibilidad del recurso, de su rectificación o de su validación por órganos jurisdiccionales superiores. Por último, la exigencia de justificación permite al mismo órgano decisorio el conocimiento de la corrección de sus decisiones: por un lado, su reforzamiento o, por otro lado, su rectificación.

No es posible aquí describir y detallar los vericuetos que ha seguido la reflexión iusfilosófica en el fundamento de la justificación racional de las decisiones judiciales, garantía de la corrección en la búsqueda de la verdad de los hechos y, en suma, de la equidad de las sentencias. No obstante, quisiera hacer referencia a tres hitos importantes que juegan el papel de tres piezas clave en la justificación racional de las decisiones judiciales. Cada uno de ellos son tres distinciones conceptuales relevantes.

Debe tenerse presente que, como consecuencia de los escenarios antes mencionados, la teoría y la práctica de las decisiones judiciales y, por lo tanto, de los caminos seguidos en la búsqueda de la verdad de los hechos, requieren que cada paso de dicho proceso debe ser motivado, es decir, justificado al objeto de conocer y valorar la corrección. Y, desde hace tiempo, motivar, justificar quiere decir dar razones, buenas razones, lo suficientemente convincentes para que las sentencias puedan ser consideradas

razonables y, en consecuencia, aceptables, no sólo por la comunidad jurídica, sino, sobre todo, por el conjunto de la sociedad.

Así, la primera distinción es la que diferencia entre *contexto de descubrimiento* y *contexto de justificación*²⁰. Es ésta una muy importante distinción pues delimita el ámbito de los argumentos, de las buenas razones que deben ser consideradas en la justificación racional de las decisiones y, por tanto, de la búsqueda de la verdad de los hechos. Dicho de otra forma, nos aclara qué razones decisorias deben ser consideradas en nuestro análisis y cuáles no.

El contexto de descubrimiento nos da cuenta de los *motivos* por los cuales el operador jurídico (el juez, el funcionario, etc.) ha decidido tomar una decisión. Estos pueden ser muy variados y entran dentro del capítulo de los motivos psicológicos, sociológicos, morales, económicos, políticos, etc. Se refiere, pues, a los factores causales que explican una decisión y que pueden ser muy variados. Por el contrario, el contexto de justificación hace referencia a las *razones* que utiliza el operador jurídico para fundar su decisión y que, por ello, son objeto de evaluación y de análisis para saber si es aceptable y está esta última suficientemente justificada. Estas razones no tienen por qué coincidir con las causas últimas u ocultas que condujeron a la decisión. Son los argumentos que justifican su racionalidad y su aceptabilidad por otros.

Explicar o *justificar*, estos son los dos ámbitos tan diferentes en los que se mueven esta distinción. En principio, no son lo mismo los motivos que pueden explicar –y hacer comprensible– una decisión que las razones que pretenden, además, justificar su racionalidad. Los primeros pueden ser objeto de estudio de las ciencias sociales, como la sociología o la psicología, mientras que los segundos son analizados por las ciencias normativas, como el derecho. En otras palabras, el derecho, los juristas se interesan por las razones utilizadas en el contexto de justificación. Es en éste, por tanto, en el que debemos ubicarnos a la hora de analizar la tarea de la búsqueda de la verdad de los hechos. A pesar de la insistencia en el poder de este contexto, no obstante, no debemos perder de vista que no siempre son fácilmente separables, que hay motivos que se convierten en razones utilizadas en la justificación racional de las decisiones judiciales.

Una adecuada conceptualización del *contexto de descubrimiento* y del *contexto de justificación* es particularmente importante para entender la actitud y la perspectiva desde la que debe analizarse la segunda distinción: la de los *casos fáciles* y los *casos difíciles*. Es ésta una distinción cuyo éxito se debe a H. L. A. HART y que, luego, ha sido desarrollada por alguno de sus discípulos, como N. MACCORMICK. La categoría de los «casos fáciles» está constituida por aquellos supuestos claros que no requieren una labor clarificadora del juez. Se caracterizan por no presentar dudas en la calificación, ni en la interpretación de los enunciados jurídicos al ser estos claros. Por ello, el juez, según los teóricos de la decisión jurídica, bastaría con que aplicase el razonamiento del silogismo jurídico o subsuntivo²¹. Por el contrario, los «casos difíciles» serían aquellos que requieren una actividad intelectual más importante, decisiva, por parte de los jueces dado que no existe la claridad antes

²⁰ Vid. M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 114 y ss.

²¹ S. SASTRE, «Sobre la dificultad de los casos fáciles, difíciles y trágicos», *Derecho y opinión*, 1, 1993, pp. 299 y ss.

mencionada en la otra categoría. Como puede suponerse, la existencia de dificultad es un argumento relevante para justificar una participación más activa del juez en la resolución final y, en consecuencia, para defender su libre apreciación.

Para H. L. A. HART, la dificultad de un caso estaba en relación con una característica del lenguaje jurídico y de sus enunciados: su *textura abierta* y la existencia de *zonas de penumbra*. Por un lado, la maleabilidad de los términos del derecho que permiten una mejor comprensión de sus proposiciones normativas. Por otro, genera dudas sobre el significado apropiado de las proposiciones normativas y, por tanto, de la voluntad del legislador. Como afirma este autor, «la textura abierta significa que hay áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso entre los intereses en conflicto, caso por caso»²².

N. MACCORMICK, discípulo de HART, desarrolló su estudio sobre los casos difíciles en un trabajo ya canónico en las teorías sobre el razonamiento jurídico. Su tesis es que las causas de los casos difíciles pueden analizarse a partir de los problemas derivados de los enunciados normativos y de las investigaciones relativas de los hechos. Tómese nota de la referencia a los elementos fácticos de los casos difíciles. Según MACCORMICK, hay cuatro motivos para que surjan los casos difíciles: 1.- Los que se originan de problemas de interpretación, esto es, hay acuerdo en la norma aplicable, pero no en la intelección de su significado; 2.- Los que tienen problemas de relevancia, esto es, que existen dudas sobre la norma que debe aplicarse; 3.- Los problemas de prueba, que tienen su origen en el cuestionamiento de los hechos y, por tanto, tiene que ver con la búsqueda de la verdad de los sucedido; 4.- Y problemas de calificación que se refieren a los «hechos secundarios» y a su importancia en la resolución del caso. A partir de esta reflexión, se ha ido ampliando el listado de causas que dan lugar a los casos difíciles. Así, M. ATIENZA enumera las siguientes: problemas procesales, de prueba, de calificación, de aplicabilidad, de validez, de interpretación, de discrecionalidad y de ponderación. Como puede verse, las cuestiones fácticas y, entre ellas, la búsqueda de la verdad de los hechos están bien presentes en las reflexiones sobre la justificación racional de las decisiones judiciales.

El meollo de la racionalidad de las decisiones judiciales se encuentra en la distinción entre *justificación interna* y *justificación externa*²³. Lo ha explicado magníficamente M. GASCÓN: «La decisión judicial puede concebirse como la conclusión de un silogismo práctico, por lo que su justificación habrá de consistir necesariamente en mostrar la corrección del razonamiento lógico que conduce de las premisas a la conclusión. Pero no se agota con ello. Para que la decisión esté justificada es necesario, además, que las premisas de las que se parte sean correctas, es decir, que estén a su vez justificadas. Para hacer referencia a estas diferentes justificaciones, se ha convertido en un lugar común hablar de *justificación interna* y *justificación externa*»²⁴.

²²H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 168.

²³ La distinción justificación interna-justificación externa se debe a J. WRÓBLESKY. A pesar de no carecer de dudas en su primera formulación, ambos modos de justificar decisiones ha tenido un notable éxito. Vid. M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 103-106.

²⁴ M. GASCÓN, *Los hechos en el Derecho*, cit., p. 172.

Cuando se habla de que el razonamiento jurídico es una forma de razonamiento práctica, se habla, pues, de justificar las decisiones implicadas en el caso. Como dice MACCORMICK, «justificar una acción es mostrar que es correcta. Mostrar que es correcta es mostrar que, desde una visión objetiva del asunto, la acción debería haberse realizado, o incluso tuvo que realizarse, dado el carácter de la acción y las circunstancias del caso»²⁵. Se trata de *justificar*, pues, no de *explicar* los motivos de la decisión, y de delimitar el funcionamiento del mecanismo de la subsunción normativa y de los criterios extrajurídicos en el ámbito del derecho. La cuestión no es baladí, pues tiene implicaciones importantes para el papel de la búsqueda de la verdad de los hechos en el derecho.

Se habla de *justificación interna* para referirse a la deducción lógica que realizan los jueces en la resolución de los casos. A pesar de las críticas recibidas por el método tradicional de aplicación del derecho y, en particular, del silogismo jurídico, sin embargo, se considera que sigue jugando un papel importante en la actividad de los jueces. Pues éstos siguen operando mentalmente con la idea de que es posible hallar una premisa mayor, compuesta por la norma jurídica aplicable y, asimismo, es posible también fijar la premisa menor, con los hechos aclarados y probados. Si esto es así, el establecimiento de la sentencia no tendría ninguna dificultad. Simplemente, se trataría de realizar la operación de la subsunción normativa, esto es, de comprobar si los hechos probados «caen» en la premisa normativa. Si es así, la sentencia cae por su propio peso.

MACCORMICK ha señalado que este procedimiento sigue vigente en la resolución de los casos fáciles, los que no tienen mayor dificultad y en los que no hay una real actividad decisoria de los jueces. «Se entiende que una decisión está internamente justificada si se infiere de sus premisas según las reglas de inferencia aceptadas... Así, cuando ni la premisa normativa ni la fáctica plantean problemas la justificación se reduce (tan sólo) a justificación interna; es decir, se agota en mostrar la corrección del razonamiento lógico que conduce, a partir de las premisas, a la conclusión»²⁶.

Los casos difíciles, en los que se presentan alguna de los problemas antes mencionados –entre ellos, la prueba y calificación de los hechos– requiere, aparte de la formulación de las premisas normativas y fácticas, el recurso a criterios extrajurídicos que justifiquen las decisiones tomadas por el juzgador. «La justificación externa aparece cuando las premisas (normativa o fáctica, o ambas) exigen nuevas argumentaciones», como afirma la profa. M. GASCÓN. De ahí que se hable de *justificación externa* y de *justificación de segundo nivel* o de *justificación de la justificación*, pues se trata de dar las razones racionales que explican la formulación de las premisas del silogismo. En suma, se reconoce que los jueces toman decisiones importantes y tienen un ámbito de «libre apreciación», pero esto no significa que esta capacidad decisoria dé lugar a total subjetividad, puro decisionismo y arbitrariedad. Pues, al exponer sus razones, tienen, además, que demostrar que han sido buenas y suficientes tanto en los aspectos normativos como fácticos. Con ello, no pueden perder de vista que sus argumentos van a ser analizados por la comunidad jurídica y por la sociedad en su conjunto. Tienen que tener bien presente que deben lograr la aceptabilidad

²⁵ N. MACCORMICK, *Retórica y Estado de Derecho, Una teoría del razonamiento jurídico*, Lima, Palestra, 2016, p. 178.

²⁶ *Ibidem*.

social y éste va a ser un buen criterio sobre la corrección, es decir, sobre la racionalidad, de las decisiones tomadas y, en suma, del fallo final.

Estas exigencias son particularmente importantes en el tema que nos ocupa, pues, dentro de la formulación de la premisa fáctica, resulta muy relevante que se haya investigado y se haya buscado la verdad de los hechos. Éste será precisamente un tamiz a través del cual se juzgará la labor de los jueces, la correcta justificación de sus valoraciones y de la decisión final. Es especialmente relevante en el momento de que su tarea sea juzgada, a su vez, por la sociedad. De ello dependerá la repercusión que pueda tener en los diferentes colectivos sociales. En fin, en los últimos tiempos, existen ejemplos de lo que estoy diciendo: del contraste en la diferente valoración de la verdad de los hechos y en su calificación. Lo que es de esperar, después de todas las experiencias mencionadas, es que se alineen la búsqueda de la verdad de los hechos, la justificación racional de las decisiones judiciales y la solución equitativa de los casos juzgados.

IV. Bibliografía

- ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- BERNUZ BENEITEZ, M. J., *François Geny y el Derecho. La lucha contra el método exegético*, Bogotá, Universidad del Externado, 2006.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, prolog. de N. Bobbio, Madrid, Trotta, 1995.
- FERRARI, V., *Funciones del Derecho*, Madrid, Debate, 1989.
- FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el Derecho*, 2^{ff} edic., Madrid, Marcial Pons, 2005.
- FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- GASCÓN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993.
- GASCÓN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- GENY, F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, Granada, Comares, 2000.
- HART, H. L.A., *El concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.
- KANTOROWICZ, H., *La definición del derecho*, edic. de A. H. Campbell, trad. de J. M. de la Vega, Madrid, Revista de Occidente, 1964.
- MACCORMICK, N., *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*, trad. de J. A. Gascón, Lima, Palestra, 2016.
- PERELMAN, Ch., *De la Justicia*, trad. de R. Guerra, México, UNAM, 1964.
- SASTRE, S., «Sobre la dificultad de los casos fáciles, difíciles y trágicos», *Derecho y opinión*, 1, 1993, pp. 295-308.
- TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002.
- TARUFFO, M., *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid, Marcial Pons, 2010.