

# Programa de Defensa y Protección de los Derechos Humanos

Guía de estudio y antología de lecturas



Programa de Capacitación y Formación Profesional en Derechos Humanos

Fase de formación profesional



Colección Cuadernos de capacitación

Primera edición, 2009  
Segunda edición corregida y aumentada, 2010

D. R. © 2010, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal  
Av. Universidad 1449, col. Florida, pueblo de Axotla,  
del. Álvaro Obregón, 01030 México, D. F.  
[www.cd hdf.org.mx](http://www.cd hdf.org.mx)

*Material didáctico del Programa de Capacitación del Servicio Profesional  
en Derechos Humanos para uso exclusivo de la Comisión de Derechos Humanos  
del Distrito Federal. Prohibida su venta.*

Impreso en México

*Printed in Mexico*

# ÍNDICE

Presentación .....	7
Introducción .....	9
Objetivos .....	9
<b>Módulo I. Técnicas de entrevista .....</b>	<b>13</b>
Objetivos específicos .....	13
<i>Síntesis</i>	
Desarrollo histórico .....	15
La entrevista como sistema de comunicación .....	15
Barreras para la comunicación efectiva durante la entrevista .....	16
Comunicación no verbal .....	17
Elementos cognoscitivos de la entrevista .....	17
La entrevista cualitativa .....	18
Fundamentos de la entrevista cualitativa .....	18
Discursos, fragmentos y tramas textuales .....	18
La mirada desde dentro .....	18
La conversación como axiología personal .....	19
Inconvenientes de la entrevista a profundidad .....	19
Metodología y praxis de la investigación mediante la entrevista .....	19
Estrategias de diseño .....	20
Situación y desempeño del trabajo de campo .....	21
Inicio de la entrevista .....	21
El desarrollo de la entrevista .....	22
El análisis e informe final .....	24
La reconstrucción de la entrevista .....	24
La credibilidad .....	24

	<i>Material de estudio</i> .....	25
	Lectura 1: "Función y sentido de la entrevista cualitativa en investigación social", <i>Francisco Sierra</i> .....	26
	Lectura 2: "Manual de capacitación para la fiscalización de los derechos humanos", <i>Universidad de Minnesota</i> .....	96
	<i>Ejercicios</i> .....	117
	<i>Autoevaluación</i> .....	123
<b>Módulo II.</b>	<b>Método y técnicas de investigación para la defensa de los derechos humanos</b> .....	<b>125</b>
	Objetivos específicos .....	125
	<i>Síntesis</i> .....	127
	El hecho como objeto de la prueba .....	127
	La individualización del hecho .....	127
	La relevancia jurídica .....	128
	La identificación normativa .....	128
	Hechos y enunciados sobre hechos .....	128
	Hechos principales y hechos secundarios .....	128
	Identificación valorativa del hecho .....	129
	Identificación negativa del hecho .....	129
	Hechos complejos .....	129
	Hechos psíquicos .....	130
	Verdad, verosimilitud y probabilidad .....	130
	La verdad en el proceso .....	130
	Verosimilitud .....	130
	Probabilidad cuantitativa .....	131
	Límites de las teorías cuantitativas .....	131
	La prueba estadística .....	132
	Probabilidad lógica .....	132
	Probabilidad baconiana .....	132
	Conjuntos vagos .....	132
	Hipótesis, pruebas y selecciones .....	133
	La incertidumbre y las hipótesis sobre el hecho .....	133
	Hipótesis diversas .....	133
	Las situaciones probatorias .....	134
	Evidencias en cascada .....	134
	<i>Material de estudio</i> .....	135
	Lectura 1: "El hecho", <i>Michele Taruffo</i> .....	136
	Lectura 2: "Verdad, verosimilitud y probabilidad", <i>Michele Taruffo</i> .....	214
	Lectura 3: "Hipótesis, pruebas y selecciones", <i>Michele Taruffo</i> .....	289
	<i>Ejercicios</i> .....	375
	<i>Autoevaluación</i> .....	383

Módulo III. Argumentación e interpretación jurídica .....	387
Objetivos específicos .....	387
<i>Síntesis</i> .....	389
Interpretación .....	389
Objetos de la interpretación .....	389
Conceptos de interpretación jurídica .....	390
Un concepto restringido de interpretación .....	390
Un concepto amplio de la interpretación .....	391
Propuestas doctrinales bajo los dos conceptos de interpretación .....	391
Otros conceptos de interpretación .....	392
Los enunciados interpretativos .....	392
Dos usos de los enunciados interpretativos .....	393
Teorías de interpretación jurídica .....	393
Teoría cognitiva de la interpretación .....	393
Teoría escéptica de la interpretación .....	394
Teoría intermedia .....	394
Variedad de juegos interpretativos .....	394
Variedad de intérpretes .....	395
Diferencias entre la interpretación doctrinal y la judicial .....	395
Tipos fundamentales de interpretación .....	395
Interpretación declarativa .....	395
Interpretación correctora en general .....	396
Interpretación extensiva .....	397
Interpretación restrictiva .....	398
Otras técnicas de interpretación correctora .....	399
Interpretación histórica e interpretación evolutiva .....	400
Perspectivas de análisis del derecho .....	400
La función de la argumentación .....	401
Explicar y justificar .....	401
La justificación como fenómeno reciente .....	402
Argumentación, líneas argumentativas y argumentos .....	402
Tres concepciones de la argumentación .....	403
Buenos argumentos y argumentos falaces .....	404
Argumentación jurídica y argumentación judicial .....	405
Casos fáciles y casos difíciles .....	405
Derecho y moral .....	406
Material de estudio .....	407
Lectura 1. "La interpretación: objetivos, conceptos y teorías", <i>Ricardo Guastini</i> .....	408
Lectura 2. "Técnicas interpretativas", <i>Ricardo Guastini</i> .....	430
Lectura 3. "El derecho como argumentación", <i>Manuel Atienza</i> .....	458
<i>Ejercicios</i> .....	480
<i>Evaluación</i> .....	485

Módulo iv. Aplicación práctica del marco jurídico nacional e internacional de los derechos humanos .....	489
Objetivos específicos .....	489
<i>Síntesis</i> .....	491
La aplicación judicial del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) .....	491
Texto y contexto de la aplicación judicial del DIDH .....	492
El contexto histórico y cultural de la aplicación judicial del DIDH .....	493
Retos de la aplicación judicial del DIDH .....	493
Principales deberes del juez conforme al DIDH .....	493
Implementación judicial del derecho internacional .....	495
Aspectos generales de la implementación del derecho internacional .....	495
La aplicación e implementación del derecho internacional y la especial naturaleza de los tratados .....	495
La incorporación de los tratados de derechos humanos al derecho interno, con especial referencia al caso de México .....	497
Efectos de la entrada en vigor de los tratados de derechos humanos .....	498
La jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos .....	498
Consecuencias de la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento mexicano .....	499
La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos jurisdiccionales .....	500
<i>Material de estudio</i> .....	501
Lectura 1. "La aplicación judicial de los tratados internacionales de derechos humanos", <i>Jorge Ulises Carmona Tinoco</i> .....	502
Lectura 2. "Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú del 24 de noviembre de 2006". Corte IDH .....	532
Lectura 3. "Retos de la aplicación judicial en México conforme a los tratados de derecho internacional de los derechos humanos", <i>Mauricio Iván del Toro Huerta</i> .....	537
Lectura 4. "Incorporación del derecho internacional en la Constitución mexicana", <i>Guadalupe Barrena Nájera y Montemayor Romo de Vivar</i> .....	617
<i>Ejercicios</i> .....	643
<i>Autoevaluación</i> .....	646
<i>Claves de respuesta</i> .....	649

## PRESENTACIÓN

El presente curso forma parte de la Fase de Formación Profesional y está dirigido a las y los miembros del Servicio Profesional en Derechos Humanos (SPDH) del Programa de Defensa de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF). A través del mismo se abordarán los conocimientos necesarios para desarrollar las habilidades prácticas que requiere el personal de defensa para el mejor desempeño de sus funciones.

Este curso incluye cuatro módulos que identifican y ordenan los elementos con los que cuentan las y los integrantes del SPDH del Programa de Defensa para su desempeño profesional: Teoría y técnica de la entrevista, Método y técnicas de investigación para la defensa de los derechos humanos, Argumentación e interpretación jurídica, y Aplicación práctica del marco jurídico nacional e internacional de protección a los derechos humanos.

El diseño de los módulos ha sido pensado de modo tal que se ubique la vinculación necesaria entre la teoría y la práctica para que los miembros del SPDH sean capaces de aplicar de manera inmediata sus aprendizajes a las tareas que cotidianamente realizan en la CDHDF.

Si bien las temáticas abordadas por cada uno de los módulos se presentan por separado, ello obedece a una razón estrictamente pedagógica: la de proceder analíticamente para que las y los servidores públicos identifiquen con claridad las particularidades de cada uno de los procesos en ellas involucrados. Es claro, sin embargo, que tanto los conocimientos como las habilidades necesarias para realizar eficazmente entrevistas, para aplicar el método de investigación de quejas, para construir argumentos válidos y para incorporar en ellos estándares internacionales, forman parte de un conjunto que, en los hechos, se desarrolla de manera simultánea y en el que cada una de estas actividades se traslapa, en mayor o menor medida, con las otras. Con lo anterior se da respuesta a la necesidad de un esfuerzo de integración que involucrará conjuntamente al personal profesional y a las y los docentes a cargo de la impartición de los cursos. De igual manera, y en concordancia con las líneas institu-



cionales de trabajo de esta Comisión, los temas a tratar durante el curso se abordarán con un enfoque transversal de género.

La finalidad de esta guía es, por tanto, la de constituir un referente obligado que facilite a las y los miembros del SPDH la consulta de los materiales teóricos utilizados en los cursos, la realización de ejercicios que permitan simular situaciones reales como las que se enfrentan en el desempeño del trabajo cotidiano–, la comunicación entre la o el servidor público y el docente en el proceso enseñanza-aprendizaje, así como la integración de los procesos involucrados en la defensa de personas víctimas o agraviadas por violaciones a derechos humanos.

# INTRODUCCIÓN

La presente guía de estudio y antología de lecturas es una herramienta pedagógica que tiene por objeto facilitar a las y los miembros del Servicio Profesional en Derechos Humanos (SPDH) el conocimiento para la Fase de Formación Profesional del Programa de Defensa. Cada una de las partes que la conforman tiene una función complementaria con el resto de los componentes.

Está constituida por cuatro módulos que corresponden a cada uno de los temas generales que se tratarán durante el curso. Esta guía de estudios y antología de lecturas se conforma de un índice general de contenidos y cuatro secciones principales: síntesis, material de estudio (antología de lecturas), ejercicios y autoevaluación.

## OBJETIVOS

### Objetivo general

Contribuir a la formación profesional del personal que labora en las áreas de defensa, promoción y estudio de los derechos humanos, para desarrollar sus capacidades y habilidades de manera permanente y sistemática, a través de un esquema que brinde las herramientas necesarias que mejoren el desempeño de sus funciones.

### Objetivo específico

Brindar el conocimiento teórico y práctico relacionado directamente con las labores de defensa para la adecuada entrevista con las y los peticionarios y las y los agraviados, así como la investigación, análisis, argumentación e interpretación de los casos presentados a través de las quejas, con la finalidad de ofrecer el nivel más alto de protección a las personas cuyos derechos humanos han sido vulnerados.

## Síntesis



Con ella se busca facilitar el estudio de las y los integrantes del SPDH, además de contribuir a situarse frente al tema y destacar la relevancia de los contenidos. Para tal fin, se ha realizado la síntesis del contenido sustantivo de los módulos, sustraída de las lecturas que conforman la bibliografía obligatoria del curso, y que destaca, básicamente, los conceptos elementales de cada tema.

Esta síntesis no es exhaustiva del contenido de los módulos, su intención es dar un marco conceptual que permita al personal profesional comprender de mejor forma los temas contenidos en cada uno de los módulos de estudio.

## Materiales de lectura



Posteriormente, se incluye la antología de lecturas, que comprende los temas de estudio de cada módulo. La lectura de esta antología es la actividad más relevante y sustancial a desarrollar de este mecanismo de autoestudio; por ello, es necesario que las y los servidores públicos pongan particular interés en su desahogo.

De la misma forma se debe señalar que, además de los materiales incluidos en la antología, deberán ser estudiados otros documentos obligatorios que, por razones pedagógicas y de espacio, se ubican fuera de la misma.

Estos documentos se encuentran señalados en la antología de lecturas. El primero se refiere al documento elaborado por el Programa de Defensa de la CDHDF, titulado "La investigación de violaciones a derechos humanos: presupuestos, principios de actuación y manual de método". Dado que el contenido de este documento vincula los conocimientos teóricos de todos los módulos con la práctica específica de la Comisión, se constituye como un instrumento de apoyo fundamental que servirá de guía para todos los módulos. El segundo constituye una selección de observaciones generales, elaboradas por los Comités de Naciones Unidas, mismas que han sido señaladas en la bibliografía, y que por una cuestión práctica se podrán consultar en la página de internet de la CDHDF.

## Ejercicios



La guía de estudio y antología de lecturas también contiene, como tercera sección, una serie de ejercicios que, al desarrollarlos, los miembros del SPDH ubicarán los aspectos más relevantes, relacionarán a los autores o teóricos con los argumentos que sostienen y aplicarán este conocimiento en casos vinculados con su trabajo cotidiano. Estos ejercicios se resolverán en clase para que con base en las lecturas, su experiencia y la guía docente, fortalezcan sus habilidades para la defensa de los derechos humanos.

## Autoevaluación



La última parte de cada uno de los módulos está integrada por una autoevaluación. Esta sección tiene un doble objetivo: por una parte, tener una idea clara del nivel de comprensión alcanzado sobre los temas tratados o, en su caso, identificar las áreas que requieren un estudio particular. Por otra, permitir a las y los integrantes del SPDH familiarizarse con el tipo de evaluación que presentarán al concluir los trabajos del curso. Esta sección incluye las claves de respuesta que les permitirán revisar los resultados de sus autoevaluaciones y así verificar los avances obtenidos a partir del estudio dedicado a los contenidos del curso.



# MÓDULO I

## Técnicas de entrevista

### OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Conocer, comprender y aplicar la teoría y la técnica general de la entrevista en el contexto de la investigación de presuntas violaciones a derechos humanos.
- Establecer un contexto de empatía (*rapport*) sensible a la problemática que plantean las y los peticionarios.
- Conocer y entender los principales conceptos.
- Identificar y lidiar con posibles barreras en la comunicación entre quien entrevista y quien es entrevistado(a).
- Entender la definición, los elementos y el uso de la entrevista cualitativa.
- Facilitar la obtención de los datos necesarios para la atención de la queja y para brindar la orientación necesaria con un mínimo de molestia a la o el peticionario.





## SÍNTESIS

### Desarrollo histórico

El origen de la entrevista está unido al desarrollo e instauración del capitalismo a partir de la modernización y racionalización de las relaciones en el espacio público a través de las ciencias sociales y la prensa de masas: primero para recolectar datos para las notas periodísticas y, después, como género autónomo (Sierra, p. 27).

En el género periodístico, la entrevista constituye más de 80% de las fuentes de evidencia frente a las fuentes documentales y observaciones directas. En este campo, la entrevista tiene un triple propósito: *a)* obtener información del entrevistado; *b)* conseguir comentarios sobre un hecho; o *c)* perfilar una semblanza.

Quizá la lección más valiosa de la entrevista en el campo del periodismo es que ésta constituye un arte: se integra no sólo por información sino por un flujo de emociones. Las lecciones de empresa periodística deben tomarse con un grano de sal, ya que en ésta la audiencia juega un papel fundamental en su diseño y desarrollo (Sierra pp. 28 y 29).

La investigación social utilizó la entrevista como técnica en los años treinta en la psicología y sociología en Estados Unidos. Se adoptaron fundamentalmente dos usos para esta técnica: la entrevista extensiva (encuestas) frente a la entrevista intensiva (entrevista abierta) (Sierra, p. 29).

### La entrevista como sistema de comunicación

La entrevista es el método más empleado para recibir información. Constituye un complemento para la información escrita. Su valor depende de la identificación adecuada de quién puede ser una fuente de información relevante así como la valoración de los factores que pueden incidir en la calidad de la



evidencia que el testigo pueda proporcionar (Universidad de Minnesota, p. 97). Ésta se define como una "conversación verbal entre dos o más seres humanos "donde una persona se dirige a otra y cuenta su historia, da su versión de los hechos y responde a preguntas relacionadas con un problema específico" (Sierra, pp. 31-32).

La entrevista se construye en torno del derecho a preguntar, "como una instancia de verificación, de control o de denuncia" (Sierra, nota al pie 7 p. 32). Su ejercicio tiene como condición un *acuerdo mutuo*. Así, los elementos del sistema de comunicación en la entrevista son: 1) quién habla, 2) a quién se habla, 3) un referente, 4) un código, 5) un medio de transmisión, y 6) un mensaje.

En el contexto de la entrevista, las figuras de emisor/entrevistador y receptor/entrevistado se aplican de modo dinámico. Aunque es quien recibe la información proporcionada por el entrevistado, el entrevistador es quien controla la conversación y por ello, es primordialmente el emisor. Esta posición de control establece una relación de poder a favor del entrevistador.

Además de los actores, el canal, el código y el mensaje integran el proceso de comunicación. En un contexto determinado, cada uno de éstos se analiza fisiológicamente, lingüísticamente y mediante el estudio de la proxémica, respectivamente (Sierra, p. 33).

La retroalimentación denota la transmisión "de la reacción del receptor hacia el emisor" para que el receptor se sienta involucrado en la comunicación y el mensaje pueda ser ajustado entre sus necesidades y respuestas. Es un fenómeno clave por dos razones: 1) pone énfasis en el carácter bilateral de los sistemas de comunicación; y 2) aunque no iguala a los actores, la retroalimentación tiene tanto impacto como lo permitan los acuerdos preestablecidos para la conversación (Sierra, p. 34).

### **Barreras para la comunicación efectiva durante la entrevista**

Habitualmente, las barreras para la comunicación efectiva en el lenguaje hablado provienen de las siguientes tres esferas (Sierra, p. 35):

1. *Semántica*: la "incapacidad del transmisor para hacer llegar claramente sus mensajes" es un riesgo constante. Los significados no compartidos –por ejemplo, en los lenguajes especializados como el jurídico– presentan un riesgo especial. La recomendación para evitarlo es la presemantización constante.
2. *Clima psicológico*: las "expectativas, actitudes, comportamientos, resistencias y agendas ocultas" (Sierra, p. 35) constituyen fuentes de frustración. En particular, las agendas ocultas reducen la confiabilidad de la información.
3. *Contexto*: debe considerarse la distancia física entre quienes hablan, la comodidad del mobiliario, etc. Favorecer la familiaridad del espacio facilita la comodidad de la o el entrevistado. Debe tenerse cuidado de no favorecer el ejercicio del poder de quien entrevista, como en la entrevista de trabajo.

## Comunicación no verbal

Por otra parte, los elementos del lenguaje no verbal son un factor decisivo. La *kinesis*, prosodia, y proxiémica se presentan a nivel consciente, semiconsciente e inconsciente: "el lenguaje silencioso, el cuerpo, y en general, los códigos presenciales, son los elementos más decisivos para que el entrevistador controle la comunicación" (Sierra, p.37).

El entrevistador debe tener en mente los 10 lenguajes no verbales del psicólogo Michael Argyle. Se destacan los siguientes:

1. Contacto físico, proximidad, orientación (cara a cara), apariencia (voluntarias como vestido, peinado arreglos, e involuntarias como altura, peso, pieles);
2. Inclinaciones y movimientos de cabeza para "mantenimiento del vínculo comunicativo";
3. Expresión facial (especialmente como fuente de retroalimentación para el investigador);
4. Contacto visual ("deseo auténtico de retroalimentación en la medida en que se presta atención al modo en que reaccione su interlocutor"), y
5. Prosodia paralingüística (entonación, volumen, errores de pronunciación, acento, velocidad) (Sierra pp. 37-40).

Una destreza fundamental de la o el entrevistador es su capacidad para valorar la congruencia entre el lenguaje verbal y no verbal, incluso para poder valorar e interpretar adecuadamente la información proporcionada por el sujeto. Dado que la entrevista es un proceso dinámico que cambia mientras se desarrolla, es importante que quien entreviste desarrolle la sensibilidad para reaccionar a esos cambios para promover el equilibrio original entre la posición de la o el entrevistador y la o el entrevistado (Sierra, pp. 40-41).

## Elementos cognoscitivos de la entrevista

Durante el desarrollo de la entrevista se pone en juego un amplio número de procesos cognoscitivos mediante códigos no verbales como la observación, la memoria y la inferencia lógica. En este sentido, la o el entrevistador debe categorizar, revisar y evaluar lo que dice quien responde e ir planteando preguntas con base en la interpretación que se da a las intenciones de la o el entrevistador (Sierra, p. 41).

De esta forma, una de las técnicas elementales como recurso cognoscitivo para la entrevista es la empatía (*rapport*), definida como "la capacidad de comprender la situación total del desarrollo de la conversación desde el punto de vista del otro" (Sierra, p. 41). La empatía permite una conexión entre el entrevistado y el entrevistador: el primero puede sentir confianza para velar su verdad, proporcionando a la entrevista final más valor verídico e histórico.

La entrevista supone constante interacción y ejercicio de la observación, la memoria, la inferencia, la adquisición de conceptos, la categorización y el sentido de reciprocidad: mientras la o el entrevistador dirige la conversación con base en las respuestas de la persona entrevistada, ésta responde y anticipa las intenciones del entrevistador. La empatía permite a la o el entrevistador eliminar sus prejuicios y alienta la tolerancia, la esencia de juicio y la comprensión mutua.

La ausencia de empatía puede generar un comportamiento defensivo si la o el entrevistado siente que es el objeto de un interrogatorio. La o el entrevistador debe saber preguntar, debe comprender lo que dice la persona entrevistada. Para ello existen algunas destrezas relevantes en las que debe ejercitarse como el arte de hablar y el arte de escuchar para 1) transmitir el interés del entrevistador en las necesidades del entrevistado, y 2) reducir la importancia o inmediatez de la situación que origina la entrevista.

Para mejorar en el arte de saber escuchar y respetar el sistema de turnos en la entrevista, el entrevistador debe comprender lo que dice el entrevistado mediante la "técnica del reflejo". Cabe señalar que pese a los beneficios de esta técnica, siempre hay el riesgo de la existencia de una pobre capacidad de observación y memoria de parte del entrevistador (Sierra, pp. 42-43).

### **La entrevista cualitativa**

Existen dos tipos de entrevista cualitativa: 1) la entrevista en profundidad, caracterizada por ser holística, orientada a la vida, experiencias, ideas, valores y estructuras simbólicas; busca la "configuración vivencial y cognitiva" independientemente de la posición del individuo como actor social; y 2) la entrevista enfocada, donde existe previamente un foco de interés que nos lleva a seleccionar al entrevistado; busca evidenciar los estímulos, efectos y diferencias de sentido entre sujetos entrevistados. En esta entrevista se aplica un acercamiento en un aspecto y se recorre una y otra vez el camino que construye el entrevistador (Sierra, p. 49).

#### *Fundamentos de la entrevista cualitativa*

La entrevista cualitativa sigue un modelo conversacional para establecer un diálogo entre iguales, es decir, el sujeto entrevistado no es sólo un yo comunicante. El entrevistador busca desarrollar en el entrevistado su potencial de expresión y racionalización de la experiencia a través del *otro* generalizado. Buscamos "información personalizada". El énfasis de la atención debe estar en el desarrollo mismo de la entrevista y no exclusivamente en su producto (Sierra pp. 50-51).

#### *Discursos, fragmentos y tramas textuales*

La entrevista abierta es una técnica cualitativa de producción e interpretación de la información a través del análisis de los discursos, de manera similar a como opera la técnica de los grupos de discusión. Como en la técnica de grupos, la entrevista abierta recupera el análisis de la construcción de los discursos como medio de producción e interpretación de la información. Sin embargo, a diferencia de la técnica de grupos, la entrevista cualitativa se centra en el individuo. "De principio a fin, la reconstrucción social que opera la entrevista está mediada por el habla de un sujeto individual" (Sierra, p. 54).

#### *La mirada desde dentro*

Ante todo, la entrevista cualitativa responde a la imposibilidad de la observación directa de la realidad. La entrevista busca la observación mediante la *verbalización de otro sujeto*. Representa un im-

portante ahorro energético frente a la investigación etnográfica y permite la recuperación de situaciones no observadas directamente (Sierra, p. 55).

### *La conversación como axiología personal*

La máxima en la entrevista a profundidad consiste en reconocer como sujeto al entrevistado. El propósito es reconstruir al sujeto, hablando desde la mirada sobre sí mismo (Sierra pp. 55-56).

Al relacionarse la o el entrevistador y la o el entrevistado con los sujetos privados con una historia personal, la entrevista se convierte en la herramienta de la microhistoria. Los campos donde puede emplearse con éxito son:

1. Reconstrucción de acontecimientos pasados.
2. Estudio de las representaciones sociales personalizadas.
3. Interacción entre constituciones psicológicas y construcciones sociales específicas.
4. Técnica complementaria en la investigación cuantitativa para captar los vocabularios, discursos arquetípicos para preparar el cuestionario y prever las posibles respuestas *a posteriori*.

### *Inconvenientes de la entrevista a profundidad*

Como técnica de investigación, la entrevista tiene una serie de inconvenientes que es necesario tomar en cuenta:

1. Al interpretar los resultados de las entrevistas, el investigador supone que puede interpretar el lenguaje obteniendo información *que los sujetos no sabían que estaban proporcionando* "sin tomar en cuenta que el lenguaje ordinario no fue diseñado para proporcionar tales interpretaciones".
2. La entrevista constituye una puerta estrecha a la realidad.
3. Las descripciones de la entrevista están limitadas por el lenguaje de cada sujeto.
4. Hay una cierta tendencia a producir distorsiones a través de la entrevista.
5. Puede haber limitaciones por la imposibilidad de conocer el contexto global del discurso del entrevistado.
6. "La verosimilitud del habla individual" determina el campo de interpretación de la entrevista.
7. El habla del entrevistado está sujeta a ese momento y circunstancia y es irrepetible (Sierra, pp. 59-61).

## **Metodología y praxis de la investigación mediante la entrevista**

La entrevista está entre el arte y la técnica. En este sentido se puede decir que no hay reglas definitivas, el criterio de falsación es inaplicable y no es posible la universalización (Sierra, p. 61). Sin embargo, en términos generales, responde a las preguntas qué, cuándo, dónde, quiénes y por qué. En ella debe transformarse el lenguaje evocativo del narrador en una descripción lógica y cronológica y generalmente ésta es la responsabilidad del entrevistador.

## *Estrategias de diseño*

La investigación con entrevista abierta, como sucede en general con los estudios cualitativos, exige de un diseño flexible que ha de construir durante el trabajo de campo. Esta última, es la fase que determina el proceso de producción y captación de la información (Sierra, p. 62). En esta fase el entrevistador debe tomar en cuenta los siguientes elementos:

### *Selección de la persona entrevistada*

A priori, el entrevistador no puede fijar el número de entrevistas necesarias para el desarrollo de la investigación. El investigador tendrá que determinar, en el proceso mismo de captura de la información, la muestra que abarque su estudio. Como criterios para la selección de los entrevistados se puede entrevistar a todos los actores que inciden en un campo o tema determinados. A través de una técnica de "bola de nieve" mediante redes sociales es posible hacer contacto con estas personas, es decir por medio de amigos, parientes, contactos personales y conocidos como accedemos a capturar los actores objetos de la investigación (Sierra, p. 62).

### *Acercamiento a las y los informantes*

El entrevistador puede tener un primer acercamiento con la persona solicitando un encuentro donde no se pierda mucho tiempo. Durante la primera entrevista, la mayor parte de la gente está dispuesta a hablar de sí misma, a ser escuchada y tomada en cuenta por otros sujetos sociales, en este caso el investigador, como parte de un reconocimiento público como individuo (Sierra, p. 63). Se recomienda que exista claridad sobre los siguientes puntos (Sierra, p. 64):

1. *Motivos e intenciones* de la investigación.
2. *Lugar y hora*. Dependiendo de la disponibilidad de la o el entrevistado.
3. *Devolución de la información*. La oportunidad de que la o el entrevistado revise las notas de la entrevista y comente sobre el borrador de algún artículo es una buena oportunidad de reflexión para el entrevistador. Sin embargo ello depende del tipo de entrevista. Es frecuente en las historias de vida, pero no con las entrevistas de mercado o estudios académicos. En todo caso, brindar mayor participación a la persona entrevistada permite mayor certeza y claridad.
4. *La remuneración al entrevistado* o cualesquiera otras medidas retributivas pueden sesgar el contenido de la entrevista.
5. *Reunión adicional*. Se utiliza para completar la información después de algunos días, para corroborar con otras fuentes, etcétera (Sierra, pp. 64-66).

### *Guía de entrevista*

La guía de entrevista es una lista de temas que deben cubrirse en el proceso de la entrevista. No se trata de un protocolo de preguntas cerradas. La guía se elabora como parte del conocimiento previo que la o el entrevistador debe desarrollar en preparación a la entrevista. Aunque la guía se haga por escrito, es conveniente tener en la memoria sus componentes básicos. Así la guía funciona mejor cuando se percibe como un guión interno.

La o el entrevistador debe contar con una estrategia para la entrevista, es necesario que el entrevistador prepare los temas que debe tocar e incluso un probable fraseo para la cuestión: "Es más importante establecer la relación y mirarse a los ojos con el testigo que atenerse a determinado orden de las preguntas" (Universidad de Minnesota, p. 103).

### *Situación y desempeño del trabajo de campo*

De la relación que establezca la o el entrevistador con la o el entrevistado, depende la calidad de la información que estará disponible para el análisis (Sierra, p. 67). A continuación se detalla el trabajo de campo durante el desarrollo de una entrevista.

### *Durante la entrevista*

Se debe vigilar la situación comunicativa que rige el diálogo, el uso de lenguaje adecuado, la situación del interlocutor en la entrevista y los factores cognitivos o emocionales que impactan el desarrollo de la entrevista (Sierra, p. 67).

Como regla general, se recomienda sostener entrevistas individuales. En las situaciones de personas privadas de la libertad, existen instituciones que realizan entrevistas colectivas. Por ejemplo, el Comité Internacional de la Cruz Roja hace entrevistas de grupo en las cárceles antes de decidir a quiénes entrevistará individualmente.

### *El contrato comunicativo*

El contrato comunicativo es un "pacto o compromiso de cooperación a través del cual se fijan tácitamente las reglas, los procedimientos y el conjunto de condiciones en los que se va a desarrollar la interacción conversacional" (Sierra, p. 68). De acuerdo con Arfuch, en esta relación las preguntas son: 1) cómo determinar la pertinencia de un tema, 2) si los indicadores de pertinencia cambian a lo largo de la relación y 3) cómo cambiar el curso de conversación. Desde un inicio se recomienda renunciar al "paradigma informacional" y transmitir la certeza al entrevistado de que no será hostigado durante la entrevista (Sierra, pp. 68-69).

### *Inicio de la entrevista*

El inicio de la entrevista debe plantearse siguiendo la lógica del embudo. En ésta el investigador debe formular preguntas generales, siendo cuidadoso de no forzar respuestas significativas al principio, ya que si se realizan preguntas directivas iniciándose la conversación, el entrevistado se puede crear la falsa idea de responder directamente según un esquema lineal de interacción (Sierra, p. 69).

El objetivo principal al comienzo de la entrevista es establecer un ambiente de empatía (*rapport*) y vencer el probable nerviosismo del entrevistado. Para ello resulta importante seguir algunos principios como no juzgar a la persona, ser paciente y promover que el entrevistado lleve la voz cantante y hable desde su propia perspectiva (Sierra, pp. 69-70).

### *Cronología de la entrevista*

1. El entrevistador y el intérprete deben identificarse, explicar sus funciones y facultades, propósito y mandato, abordar las medidas de protección disponibles y explicar la manera en la que se le dará uso a la información, presentarse con sinceridad, profesionalismo y sensibilidad, explicar aquello que el entrevistador no puede lograr con la entrevista, así como la independencia con la que cuenta.
2. Establecer una relación inicial ("romper el hielo"); transmitir confianza al entrevistado dándole la mano y conduciendo una conversación amable.
3. Explicar las reglas de confidencialidad. Es conveniente hacer énfasis en que las notas no pueden ligar a la o el entrevistado con la entrevista y que él o ella pueden autorizar o no el uso de esos materiales.
4. Es recomendable dejar que la persona entrevistada haga un relato, que cuente su historia y que diga lo que considera importante, establecer una relación de confianza que permita al entrevistado hablar de los temas más delicados. (Universidad de Minnesota, pp. 103-105).

### *Uso de grabadora*

Utilizar una grabadora durante la entrevista permite fijar la atención de la o el entrevistador y registrar todos los detalles. Sin embargo, es importante que la grabadora no constituya un sustituto para la concentración y la memoria de la o el entrevistador. Asimismo, la grabadora no puede captar los aspectos de kinesia y proxémica en una entrevista que no deben ser ignorados (Sierra, pp. 70-71).

Una vez iniciada la conversación, se recomienda 1) solicitar permiso al entrevistado para utilizar la grabadora; 2) poner atención a cualquier indicio de incomodidad del entrevistado para poder retirarla, 3) colocarla en el ángulo de visión de los interlocutores; 4) abstenerse de manipularla durante la entrevista demasiadas veces (e.g., cambios de casetes); 5) hacer una prueba de grabación al inicio, y 6) procurar transcribir la entrevista de inmediato para prevenir cualquier riesgo de pérdida de información si la calidad de la grabación es insuficiente.

### **El desarrollo de la entrevista**

El desenvolvimiento de toda entrevista depende de dos saberes: el arte de preguntar y el arte de escuchar. El arte de preguntar consiste en pasar del "nivel lógico-racional al nivel subconsciente" del entrevistador. Al momento de preguntar se recomienda al entrevistador sondear empleando recursos como "el silencio, el estímulo o la clarificación retrospectiva". Se le puede solicitar al entrevistado que "reformule lo que dijo, que señale y clarifique los claroscuros y ambigüedades, ejemplificando con algunos casos, o que confirme una información significativa" (Sierra, p. 71).

Las preguntas deben generar un afán en el entrevistado de comunicarse libremente. Éstas deben ser abiertas en lenguaje común y serán cerradas sólo para las aclaraciones. Asimismo, es importante no condescender, no desconfiar, no desacreditar: si el relato parece incoherente, se debe pedir una explicación/repetición diciendo: "no entendimos el relato". Asimismo, pueden reformularse preguntas.

Al momento de preguntar, es importante evitar sugerir la respuesta. Un efecto negativo de la entrevista puede ser que la o el entrevistado se sienta obligado a exagerar para poner énfasis en algo que

siente que fue ignorado antes (este resultado puede verse también como consecuencia de muchas entrevistas con funcionarios de gobierno que no pusieron atención al testigo) (Universidad de Minnesota, p. 106).

Por el lado del arte de escuchar, la o el entrevistador debe poner atención a las palabras, conducta, foco y análisis del conjunto de percepciones. Debe desarrollar su percepción hasta poder leer entre líneas (Sierra, p. 72).

Durante el desarrollo de la entrevista es necesario mantenerse en sintonía con el entrevistado. Esto debe llevarse a cabo pese a las interferencias, el ruido comunicativo y la amenazante precariedad de los desajustes existentes de manera constante en toda conversación (Sierra, p. 73).

#### *Responsabilidades de la o el entrevistador*

Durante la entrevista, la o el entrevistador tiene una serie de responsabilidades concretas. Como principio, debe actuar conforme a las normas de urbanidad de la comunidad, el entrevistador debe plantear claramente las preguntas y llevar a la o el entrevistado hacia los temas de interés empleando alguna de las siguientes técnicas: 1) resumir, 2) glosar con comentarios, 3) introducir silencios, 4) interrumpir, 5) regular el tiempo, 6) determinar las intervenciones y turnos a la palabra del entrevistado. La apariencia, el lenguaje no verbal y el modo de presentarse ante la o el entrevistado "influyen de manera indirecta" en la entrevista. Su impacto dependerá de la capacidad del investigador de controlar "sus propias actitudes"(Sierra, p. 76-77).

Es importante tratar que la o el entrevistador se entrene para no revelar en sus gestos signos de incredulidad o juicio hacia la o el entrevistado –escribir sin dejar de mirar al testigo–. El conocimiento previo sobre el modo de vida y costumbres de la o el entrevistado contribuye a la capacidad de la o el entrevistador de establecer una relación de empatía. Para ello se debe demostrar a la persona entrevistada una total disposición para aceptarlo como persona (Sierra, p. 76).

#### *La seguridad del entrevistado*

Los testigos pueden estar objetivamente en riesgo. Por lo tanto es necesario no colocarlos en situaciones de *mayor riesgo*. Deben considerarse las normas que impiden la toma de represalias (por ejemplo, mediante la orden de medidas cautelares). Entre las medidas prácticas que pueden tomarse, se encuentran también (Universidad de Minnesota, pp. 98-99):

1. Atraer la atención de la comunidad entrevistando a muchas personas y no sólo a unos cuantos. En principio no hay necesidad de revelar la identidad de un testigo a otro en el proceso de investigación.
2. El riesgo del testigo tiene un alto componente subjetivo, él o ella es quien mejor puede sugerir medidas de protección si las requiere sin que ello implique que el funcionario puede garantizar la seguridad del entrevistado.



## El análisis e informe final

### *La reconstrucción de la entrevista*

Una vez completada la entrevista, la o el entrevistador debe preparar de inmediato notas completas al respecto, sobre todo si éstas no se tomaron durante el proceso (Universidad de Minnesota, p. 108). Con esta información se puede proceder al análisis de la misma sustentado en la interpretación y la reinterpretación de lo que dice la o el entrevistado. Para hacer un análisis más adecuado, no sólo hay que comprender la cultura simbólica de la o el entrevistado, sino también, y sobre todo, el contexto social de referencia (Sierra, pp. 79-80).

En general, el procedimiento de análisis de interpretación de la entrevista parte de una estructura puntuada del texto, transcrito íntegramente con el fin, primero, de captar el significado de lo manifiesto. A través de una primera lectura, la o el analista señala los conceptos principales que concentran el valor sustantivo del tema de investigación, identificando de una vez los conceptos nucleares de la investigación. Estos conceptos son los que prefiguran el campo de categorías que construye la o el investigador. El analista deberá ser capaz de seleccionar las palabras más adecuadas que codifiquen las densidades complejas que intentan expresar una experiencia, opinión o pensamiento (Sierra, pp. 82-83).

### *La credibilidad*

Determinar la credibilidad de los entrevistados es una labor difícil al analizar la información. Pueden tomarse, sin embargo, algunas guías:

1. Primero, identificar las experiencias personales. Separar sin desechar los datos proporcionados sobre otros datos.
2. La firmeza y claridad de la exposición no son necesariamente indicadores de la confiabilidad del testigo.
3. Un trauma severo puede implicar una pérdida de memoria (Universidad de Minnesota, pp. 109-110).

El entrevistador debe registrar la información suministrada por un testigo aunque no esté seguro de su veracidad, porque esa información puede resultar útil al obtenerse otros datos para el análisis y elaboración del informe final.



## MATERIAL DE ESTUDIO

### Bibliografía obligatoria

SIERRA, FRANCISCO, "Función y sentido de la entrevista cualitativa en investigación social", *Técnicas de investigación en sociedad, cultura y comunicación*, México, Addison Wesley Longman, pp. 277-345 [Lectura 1].

Universidad de Minnesota, Human Rights Library, "Capítulo VIII. Entrevistas", *Manual de capacitación para la fiscalización de los derechos humanos*, en: <<http://www1.umn.edu/humanrts/monitoring/Sindex.html>> (consultada en agosto de 2007), pp. 119-138 [Lectura 2].

# LECTURA 1

Tomada de: Francisco Sierra, "Función y sentido de la entrevista cualitativa en investigación social", *Técnicas de investigación en sociedad, cultura y comunicación*, México, Addison Wesley Longman, pp. 277-345.

# Función y sentido de la entrevista cualitativa en investigación social

Francisco Sierra

## Introducción

LAS ENTREVISTAS Y EL ENTREVISTAR SON elementos esenciales de la vida contemporánea. En términos de Berger y Luckmann, el examen de los diferentes géneros ilustra el modo en el que la entrevista -comunicación primaria- contribuye a la construcción de la realidad. La entrevista es un instrumento eficaz de gran precisión en la medida que se fundamenta en la interrelación humana, siendo el orden social un orden deíctico. En concreto, la entrevista proporciona un excelente instrumento heurístico para combinar los enfoques prácticos, analíticos e interpretativos implícitos en todo proceso de comunicar. Su universo constituye por tanto una problemática compleja y más difícil de lo que en un principio pareciera. El primer problema con el que nos encontramos es el de su delimitación. Un uso tan extendido cotidianamente en tantas áreas del conocimiento y la actividad social, como en el caso de la técnica de la entrevista, relativiza hasta el extremo sus principios teórico-metodológicos, haciendo inviable una delimitación conceptual apropiada que reúna los requisitos necesarios de rigor para su aplicación validada en el trabajo de campo. Ahora bien, esta diversidad, ha favorecido, en cambio, una alimentación interdisciplinaria, aportando una visión compleja y dinámica del hecho comunicacional en la entrevista. Parte de esta importante contribución al estudio de la comunicación humana procede del uso de esta técnica en el ejercicio y la práctica profesional del periodismo moderno.

Aunque algunos autores se refieren a los *Diálogos* de Platón --a la mayéutica-- como el primer antecedente en el uso del diálogo en cuanto forma de acceso al conocimiento de lo público, la historia social de la entrevista es relativamente corta. Su origen está indisolublemente unido al desarrollo e instauración del sistema capitalista y, en concreto, al proceso de modernización y racionalización social de las relaciones en el espacio público, a través de las recién creadas ciencias sociales y la puesta en circulación de la llamada prensa de masas: primero, como instrumento recolector de datos, cuando el primitivo reportero elaboraba sus informacio-

nes; y después, como género autónomo provisto de sus propias técnicas y reglas estilísticas.

Básicamente, el origen de la entrevista deriva de la divulgación de los usos periodísticos. A partir del segundo tercio del siglo XIX, el prestigioso periodista norteamericano James Gordon Bennett, impulsor de la llamada prensa amarilla, publica en 1836 una entrevista a Rosine Townsend, administradora de un burdel en Nueva York, con motivo de la celebración de una polémica audiencia judicial. Más tarde, el aventurero Horace Greeley entrevista en su periódico, el *New York Tribune*, al mormón Brigham Young, popularizando masivamente el uso informativo de este nuevo género. Aunque, curiosamente, numerosos periódicos se opusieron desde un principio a lo que consideraban una vulgarización banal del ilustre oficio informativo. El director del diario *Nation*, calificaba en 1869 a la entrevista como un producto combinado de algún farsante de polícastro y otro farsante de reportero. Sin embargo, el género acabó popularizándose entre los modernos medios de comunicación. La importancia de la entrevista en diferentes campos de la actividad humana, adquiere en los medios de comunicación social carta de naturaleza propia, ocupando una parte esencial dentro de la producción informativa que realizan a diario los profesionales de la información. La entrevista, según Fraser Bond, es el pan de todos los días del periodismo. De hecho, tradicionalmente en el modo de producción del periodismo tradicional, más de un 80 por ciento de la información de un medio se basa en entrevistas. El porcentaje restante se consigue a través de documentos o información secundaria (datos de informes, boletines, agencias de prensa, publicaciones, estadísticas, etcétera), y de la observación que todo reportero hace a través de los sentidos.<sup>1</sup> Según esto, la entrevista, que consiste en una conversación entre el reportero y una persona común o un personaje público, es la base original de las noticias, orientada a partir de tres objetivos fundamentales: obtener alguna información del entrevistado, conseguir comentarios sobre un hecho, y/o perfilar una semblanza.

A diferencia de la entrevista sociológica, la entrevista periodística conserva mayor energía afectiva, que el informador capta para proyectarla después a un espectador con el fin de proporcionarle, en algunos casos, tanto emociones como informaciones. Por lo tanto, viene definida por su espectacularidad o carácter público, al contrario de la entrevista de orientación, la psicológica o la de investigación social. Más que preocuparse por un método y técnica rigurosa, la entrevista en periodismo es un arte que no tiene ninguna regla, pero cuya representatividad perseguida es una pseudorepresentatividad basada en la construcción de la noticia. Por otra parte, contrariamente a la técnica propia de las ciencias sociales, la entrevista periodística sufre limitaciones y tabúes que imperan en el campo de la pala-

<sup>1</sup> Julio del Río Reynaga, *Teoría y práctica de los géneros periodísticos informativos*, Editorial Diana, México, 1991, p.153.

bra, y que tienen que ver con las pasiones políticas o económicas, determinantes en cuanto al límite y la libertad de prensa. La principal diferencia entre este tipo de entrevista y otros modelos de aplicación es que las primeras están pensadas para un auditorio o un grupo de lectores. El receptor condiciona el desarrollo de la conversación. Cada entrevista tiene que ser adecuada ya sea al tiempo o al espacio permitido, que generalmente es breve. La tarea del entrevistador se orienta por tanto a obtener la información relevante, dentro de este tiempo o espacio, de manera que provoque interés y entretenga al auditorio.

No obstante estas diferencias, el éxito y divulgación de la entrevista periodística ha servido de ejemplo para su aplicación en el campo de las ciencias sociales. La entrevista como técnica de acceso a la información es, por primera vez, experimentada en el ámbito de la prensa. Es más, como comenta Morin, “la suerte de la entrevista va ligada al desarrollo de la cultura de masas, que busca en todos los terrenos, con el fin de facilitar el contacto con el público y para interesar al público, el *human touch*, y más ampliamente, la individualización de los problemas”.<sup>2</sup>

No es sino hasta iniciarse la década de los 30 cuando la técnica comienza a ser utilizada ampliamente por las ciencias sociales en las tareas de investigación. El proceso de institucionalización social en Estados Unidos de algunas disciplinas como la psicología o los estudios sociológicos será el marco de integración de nuevas técnicas, como la entrevista; en el surgimiento de estas nuevas áreas de estudio, cuya consolidación *administrativa* en buena medida pasó a depender de una definición exacta del orden social, a partir de la perspectiva epistémica liberal y la consiguiente fundamentación en el individualismo metodológico. La búsqueda impositiva de verdad por el cientificismo dominante en este periodo, dará pie a una estricta ritualización de los procedimientos de producción de datos en el proceso de investigación. Ibáñez ha estudiado esta etapa de transición del capitalismo industrial al neocapitalismo de consumo, como el proceso de reificación y cosificación social de los fenómenos a cargo de la ciencia y la técnica<sup>3</sup>. Es por eso que en este periodo la entrevista se generaliza en dos usos que hasta ahora han marcado la tradicional distinción entre lo cualitativo y lo cuantitativo: por un lado, la entrevista extensiva (encuestas de opinión) y, por otro, la entrevista intensiva (entrevista abierta). Siendo la primera dominante en su aplicación a la investigación

<sup>2</sup> Edgar Morin, *Sociología*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 216.

<sup>3</sup> “El desarrollo de las ciencias y las técnicas es la respuesta a las necesidades del capital en sus fases sucesivas de desarrollo: captura de energía en el proto-capitalismo, incorporación de esa energía a la máquina del capital en el capitalismo de producción y acumulación, retención de la energía incorporada en el capitalismo de consumo.” El saber social es la inconsciente manifestación de poder en la sociedad capitalista, operando las técnicas como dispositivos de explotación. Para un análisis detallado del origen de las modernas técnicas de investigación, léase el epígrafe: “Arqueología de las técnicas de investigación social: la encuesta, el examen y la confesión como mecanismos de producción de verdad en las tres fases del proceso capitalista”, en Jesús Ibáñez, *Más allá de la sociología*, Siglo XXI, Madrid, 1986, pp. 113-132.

social, por las mismas razones de ritualización sistemática que exigía el reconocimiento de legitimidad científica. De modo que el uso de la entrevista se extenderá, primero, con la aparición y desarrollo de las encuestas de opinión y, más tarde, con el desarrollo de la psicología social.<sup>4</sup>

Obviamente, existen otras muchas variantes de la entrevista que comienzan a ser aplicadas de manera experimental en esta época. Jean-Baptiste Fages, por ejemplo, distingue actualmente siete tipos de entrevista: la entrevista clínica; la no directiva; la focalizada; la entrevista provocada de formulación libre; con preguntas abiertas pero no organizadas; con preguntas estructuradas; y la entrevista con preguntas cerradas. Ahora bien, la amplia utilización de esta técnica puede resumirse en dos tipos básicos de uso: la entrevista terapéutica o psicológica y la entrevista como técnica de investigación. Aquí, por tanto, no se trata de realizar una taxonomía exacta y en detalle de todas las alternativas y usos conocidos en la aplicación de la técnica. En el presente capítulo nos ocuparemos tan sólo de la segunda variante, desde su concepción cualitativa, por ser ésta una técnica objeto de preferencia en la investigación social. Aunque, como insistiremos, el planteamiento y exposición de esta técnica no se realizará sin tomar en cuenta los descubrimientos sistematizados en sus aplicaciones por la entrevista psicológica. Para ello, analizaremos los elementos comunes a todos los diferentes tipos de entrevista, con el fin de comprender y asimilar los principales fundamentos presentes en el manejo de la técnica durante el trabajo de campo. De tal forma que, posteriormente, podamos detallar la metodología y la técnica en la práctica de investigación con entrevista cualitativa, adentrándonos con claridad en sus dos variantes principales: la entrevista en profundidad y la entrevista enfocada.<sup>5</sup>

- <sup>4</sup> Todavía queda pendiente una arqueología histórica exhaustiva sobre el uso de esta y otras técnicas de investigación social, desde sus fuentes teóricas originarias hasta su uso y aplicación por parte de algunas corrientes de estudio, como por ejemplo la Escuela de Chicago. Sin restar importancia ni interés a esta tarea, el cometido del presente artículo pretende ceñirse más a los aspectos técnico-metodológicos. Si bien a lo largo de la exposición, el lector podrá inferir vinculaciones importantes en la génesis de la entrevista cualitativa con diferentes escuelas, teorías y estrategias de investigación. El presente texto es pues un texto abierto a la inventiva y a la potencia imaginadora de la recepción.
- <sup>5</sup> Con frecuencia, la literatura existente en torno a la teoría y a la técnica de la entrevista no suele distinguir al analizar los usos cualitativos, entre entrevista en profundidad y entrevista enfocada, haciendo equivalentes o indistintas ambas designaciones para referirse a este tipo de investigación frente al uso de la entrevista con encuestas. En la medida en que son dos tipos de entrevista cualitativa o abierta diferentes, nosotros hemos preferido diferencias, como corresponde, ya que el investigador debe ser capaz de discernir claramente cada una de ellas en relación a las pautas y utilidades que ofrecen respectivamente, según los objetivos y el tema objeto del trabajo de investigación.

## Teoría y técnica de la entrevista

La necesidad de legitimación científica entre la comunidad académica, ha llevado con frecuencia a la teoría de la comunicación, y primero a la ciencia de la publicística, a negar sus orígenes y bases metodológicas pertenecientes a otros campos del conocimiento; al igual que antaño la sociología impuso mediante técnicas positivistas su diferencia y particular epistemología respecto al saber filosófico del cual se apartó, constituyéndose en una nueva rama de las ciencias humanas. Esta natural tendencia a la desafección ha tenido como consecuencia una frecuente falta de sistematización en amplios campos del conocimiento científico, ahora enmendada por la progresiva transdisciplinariedad que de manera acelerada está coadyuvando a la síntesis paradigmática de los modelos propios de las ciencias exactas con los de las ciencias sociales o humanas.

En el caso concreto de la entrevista, queda demostrado que la escasa atención y el desinterés manifiesto de los sociólogos investigadores por la fundamentación y génesis de esta técnica, ha impedido la construcción de un complejo teórico con el cual consolidar las bases disciplinarias de este nuevo campo de estudio, su falta de solidez científica se agrava en función de los planteamientos reflexivos de carácter profesionalista, inequívocamente simplificadores del hecho comunicacional.

El presente epígrafe analiza precisamente los aspectos psicológicos y comunicacionales de la técnica de la entrevista, aproximando modelos, conceptos y herramientas analíticas, procedentes de ambas disciplinas del saber, con el fin de alcanzar una síntesis somera sobre los principios que rigen esta técnica de investigación durante su aplicación en el trabajo de campo. A lo largo de las siguientes páginas se abordarán todos y cada uno de los elementos que integran esta forma de comunicación primaria, para posteriormente analizar la lógica conversacional que utiliza la técnica de la entrevista cualitativa en su estrategia de aplicación durante el desarrollo del trabajo de campo.

### *La entrevista como sistema de comunicación*

Por entrevista definimos, habitualmente, una conversación verbal entre dos o más seres humanos (entrevistador y entrevistado), cuya finalidad es lo que en verdad le otorga tal carácter. Es decir, en un sentido amplio, la entrevista es una conversación que establecen un interrogador y un interrogado para un propósito expreso. "La entrevista es un intercambio verbal, que nos ayuda a reunir los datos durante un encuentro, de carácter privado y cordial, donde una persona se dirige a otra y cuenta su historia, da su versión de los hechos y responde a preguntas



relacionadas con un problema específico.”<sup>6</sup> Luego, se trata en cierto modo de una forma de comunicación interpersonal orientada a la obtención de información sobre un objetivo definido. Existe de antemano un objetivo o finalidad preestablecida por los interlocutores a través de un acuerdo mutuo. El consenso que se establece en todo contrato comunicativo favorece una disposición del sujeto entrevistado a responder al rol que le asigna el investigador. Como ninguna otra técnica, la entrevista, por esta misma razón, es capaz de aproximarse a la intimidad de la conducta social de los sujetos.

Ahora bien, a diferencia de la conversación meramente banal, toda entrevista se construye a partir del derecho a la pregunta, “puede operar como un simple intercambio pero también como una instancia de verificación, de control o de denuncia, llegando inclusive a ejercer una violencia de la interrogación.”<sup>7</sup> Esto es, los interlocutores no mantienen en ningún modo posiciones mínimamente simétricas. El tipo de relación que ambos establezcan entre sí determina en conjunto el desarrollo de la conversación. Pero la entrevista está mediatizada por la necesidad pragmática que justifica el encuentro conversacional. Así pues, conviene conocer cómo se relacionan los sujetos en la situación concreta de la entrevista, analizando la estructura comunicativa de esta relación primaria en cada uno de sus elementos. Pues el conocimiento de los fines de la entrevista en el caso de la investigación social cualitativa, puede servir para que sean opacados esos mismos objetivos funcionales en su determinación del curso de la interacción verbal con un adecuado dominio del sistema de comunicación primaria. La estructura de este sistema está integrado por una serie limitada de elementos, si consideramos el sistema cerrado, además de una serie de innumerables factores no cuantificables, si consideramos el sistema de la comunicación como un sistema abierto, equiparable al modo en que se desarrollan las competencias comunicativas en una conversación cualquiera.

La entrevista busca lograr una nítida apertura de canales que pueda establecer la efectividad práctica del sistema de comunicación interpersonal. Entrevistar significa entrever, ver uno al otro. El manejo de la técnica de la entrevista reclama conocimiento del contexto comunicativo en el que se produce la interacción entre los hablantes. Todo sistema de comunicación interpersonal integra, como mínimo, seis elementos fundamentales: un destinador (el que habla), un destinatario (aquel con quien se habla), un referente, un código, un medio de transmisión y un mensaje.

Según una perspectiva estructural, en cuanto sujetos objetivados por el valor de cambio del significado, entrevistador y entrevistado son los actores participan-

<sup>6</sup> Charles Nahoum, *La entrevista psicológica*, Editorial Kapelusz, Buenos Aires, 1985, p.7.

<sup>7</sup> Leonor Arfuch, *La entrevista, una invención dialógica*, Editorial Paidós, Barcelona, 1995, p. 47.

tes del proceso de comunicación en la entrevista. Teóricamente, podríamos hablar de un emisor/entrevistador y un receptor/entrevistado. Aunque sólo aparentemente, ya que, si bien el entrevistado se constituye en sujeto activo de la comunicación, pues es la fuente principal de información, definimos al emisor como el sujeto promotor que controla el proceso de comunicación. Dicho de otro modo, el emisor corresponde como función al rol del investigador en la medida en que el primero viene definido por su prevalencia durante el intercambio comunicativo. Aunque sea desde una actitud manifiestamente receptora, siempre cumple una función directiva, encauzando el desarrollo de la conversación por su situación privilegiada, al conocer los objetivos, fines e incluso las técnicas de la entrevista en cuestión. Esta situación de desigualdad informativa crea juegos de poderes en el acto del habla, generando estados de ansiedad en el entrevistado y la consiguiente ausencia de control de la investigación en el trabajo de campo, por parte del entrevistador.

Junto a los actores, otros elementos que integran todo proceso de comunicación son el canal, el código y el mensaje, en un contexto determinado social e históricamente. Por lo que se refiere al canal, en la entrevista tendremos en cuenta el análisis fisiológico como herramienta fundamental en la comunicación primaria. En relación al código, desarrollaremos un análisis lingüístico o semiótico. Y respecto al contexto, centraremos nuestro estudio en las leyes de la proxémica.

Estos factores de la comunicación como sistema necesitan una fundamentación básicamente psicosociológica, más que lingüística o estrictamente social. Sobre todo si concebimos a la comunicación como un proceso que, en el caso de la interacción personal, pone en juego una serie de elementos psicológicos y de códigos sociales aprendidos, a partir de los cuales obtendremos la información deseada.

El sistema de comunicación en una entrevista tiene las propiedades de un sistema abierto, más que de uno cerrado. La situación de la entrevista no es estática sino dinámica y puede llegar a resultados variados. Así como el que responde y el entrevistador reaccionan a las preguntas y respuestas de cada quien, ocurren cambios en las estructuras cognoscitivas, en motivación, en actitudes y en relaciones afectivas.<sup>8</sup>

Toda entrevista es un proceso dinámico multifuncional atravesado por el contexto social de una vida compleja y abierta continuamente a las transformaciones. Por eso, en toda comunicación, y más en la comunicación interpersonal, la retroalimentación es condición y resultado de la existencia de la comunicación real. A partir de la cibernética de primera generación, la teoría de la comunicación abandona el modelo matemático de Shannon y Weaver para introducir el concepto de *feedback* como principio organizador de todo sistema. Básicamente, la

<sup>8</sup> Daphne Keats, *La entrevista perfecta*, Editorial Pax, México, 1992, p.12.

retroalimentación define la transmisión de la reacción del receptor hacia el emisor: tiene, por lo tanto, como función principal, ayudar a ajustar el mensaje entre las necesidades y respuestas del receptor y, sobre todo, ayudarlo a sentirse involucrado en la comunicación.

Aunque no afecta a la linealidad del paradigma informacionista, pues sigue dominando un modelo cerrado en el estudio del proceso de comunicación, la cibernética incorpora un elemento crucial para la humanización de todo proceso comunicativo, en la medida en que toma en cuenta, para la comprensión del sistema, los aspectos personales, subjetivos, de la actitud humana, en el intercambio personal de información previamente codificada. El concepto de retroalimentación será clave para entender los diferentes procesos de comunicación primaria que se producen en la entrevista, dada su importancia en la interacción conversacional a nivel psicológico. El descubrimiento de la retroalimentación destaca el carácter bilateral de todo sistema de comunicación. Ahora bien, esto no necesariamente significa que nos encontremos ante un sistema igualitario. Si, por ejemplo, la interacción no permite a uno de los participantes sentirse satisfecho de que sus opiniones, o la información personalmente codificada, fueron bien escuchadas y comprendidas, habrá un desbalance que provocará la ruptura de la eficiencia del sistema. En toda entrevista, la interacción comunicativa está determinada socialmente por los aspectos psicológicos subyacentes a partir de la norma contractual preestablecida y negociada en la conversación.

### *Factores y barreras de la comunicación humana*

Por lo tanto, tomando en cuenta los elementos que integran todo proceso de comunicación primaria, es decir, entendiendo a la entrevista como un sistema conversacional cerrado, los factores y las barreras de la comunicación humana que intervienen como variables en el desempeño de la interacción verbal, dependerán básicamente de los siguientes elementos:

- En la fuente, de las técnicas, las actitudes, el nivel de conocimiento y la situación sociocultural.
- En el mensaje, de los elementos lingüísticos, la estructura discursiva, el contenido, el nivel de ruido y el manejo competente del código.
- En el canal, de la vista, el oído, el tacto, el olfato y el gusto.
- En el emisor y el receptor, de todos y cada uno de los elementos mediadores arriba mencionados.

De tal manera que cualquier alteración de alguno de estos factores, contribuye a modificar sustancialmente el proceso de comunicación, ya sea positiva o negativamente.

Las barreras habituales en la comunicación personal son principalmente de tres tipos:

1. *Diferencias por la semántica.* “La comunicación se ve afectada si no se toma en cuenta el ámbito sociocultural del entrevistado y el entrevistador. Las palabras y los gestos con frecuencia se interpretan en un sentido distinto y hasta contrario al del emisor, si el núcleo al que pertenece el entrevistador difiere considerablemente del de su entrevistado.”<sup>9</sup> Un impedimento que con frecuencia obstaculiza la comunicación, es la incapacidad del transmisor para hacer llegar claramente sus mensajes, expresando en palabras la idea total del pensamiento. Durante la entrevista suele ocurrir que la comunicación se vea dificultada por la falta de comprensión de palabras y significados no compartidos. Por ejemplo, un problema común, muy habitual en las diferentes situaciones de entrevista, es el de los lenguajes especializados. Numerosas investigaciones han comprobado que, en el caso de la relación médico-paciente, por ejemplo, o en la que establece el abogado con su cliente, los significados atribuidos a ciertas palabras de la jerga especializada tienen diferente sentido para uno y otro interlocutor. El problema no es que el profano desconozca el significado real, sino más bien cómo se representa mentalmente el concepto desde su experiencia vital concreta. La comprensión no compartida de algunos significados bloquea toda posible comunicación. Por ejemplo, en las entrevistas laborales, la radical diferenciación semántica impide un acercamiento entre los interlocutores desde sus diferentes niveles sociales. La entrevista exige, por tanto, una resemantización constante que pueda ser compartida entre el entrevistador y el entrevistado.
2. *Barreras causadas por el clima psicológico.* En toda entrevista existe un contrato implícito de comunicación. “De acuerdo con las características de la situación concreta, se perfilarán expectativas, actitudes, comportamientos, resistencias y agendas ocultas. De aquí podrán nacer barreras en la comunicación y en la interpretación de la información, bloqueando los resultados positivos de la entrevista.”<sup>10</sup> La atención y renegociación constante de dicho contrato es fundamental para mantener el canal de la comunicación abierto. Si el contrato es modificado, y el entrevistado no ve satisfechas las expectativas iniciales en el proceso de comunicación, el clima no será psicológicamente propicio para mantener una buena interacción conversacional. Igualmente, la existencia de una doble agenda por parte

<sup>9</sup> Mauro Rodríguez Estrada, Leonora del Campo y Raquene Treviño, *La entrevista productiva y creativa*, McGraw Hill, México, 1991, p. 64.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 65.

del entrevistado hace inviable el acceso a información fidedigna. Todos aquellos elementos que no contribuyan a un equilibrio psicológico benigno pueden bloquear negativamente la comunicación. Luego, la atención del entrevistador hacia tales aspectos es crucial para el buen desarrollo de la entrevista.

3. *Barreras del contexto.* Por último, hay que tomar en cuenta las barreras físicas que configuran el entorno y la situación de la entrevista. Por ejemplo, la excesiva distancia entre los interlocutores o la incomodidad del mobiliario en el que se desarrolla la entrevista pueden romper el clima psicológico de concentración comunicativa, generando pérdidas de información entre entrevistador y entrevistado por el efecto no deseado de la distracción. “El conocimiento del contexto puede prevenir que afloren algunos problemas; por otro lado, es claro que también se pueden manipular deliberadamente los efectos del contexto. Sea intencional o no, su influencia sobre el curso de una entrevista puede ser considerable.”<sup>11</sup> Es práctica habitual el recomendar a los entrevistadores que utilicen espacios acogedores, silenciosos, mínimamente íntimos y, hasta cierto punto, familiares para el entrevistado, a fin de favorecer un ambiente de confianza durante la conversación. Con frecuencia, el propio terreno, si es el domicilio particular del entrevistado, suele resultar un lugar productivo para el desarrollo de la entrevista. Si el cometido, en cambio, es el control social del entrevistado, como en el caso por ejemplo de las entrevistas laborales, la disposición física del contexto se organiza para el ejercicio del poder discursivo del entrevistador sobre el sujeto hablante.

### *El problema de la comunicación no verbal*

Hablábamos, líneas más arriba, de la retroalimentación como un mecanismo de ajuste mutuo entre el emisor y el receptor, cuyo objetivo es mantener el vínculo comunicativo necesario para una satisfactoria interacción verbal. En este sentido, además del dominio del habla, resulta imprescindible conocer los elementos de la comunicación no verbal, transmitidos a través de los códigos presenciales, tales como gestos, calidades de voz, movimientos de los ojos, etcétera. Nos interesan pues, sobremanera, los códigos kinésicos, prosódicos y proxémicos. Ya que, en el análisis de la comunicación no verbal se integran los tres niveles que articulan lo público y lo privado socialmente:

<sup>11</sup> Keats, *op. cit.*, p. 17.

- a) El análisis del control personal a nivel consciente.
- b) El análisis de los códigos particulares de la interacción en el nivel semi-consciente.
- c) El análisis de los actos reflejos o reacciones fisiológicas a nivel inconsciente.

De esta manera, el análisis de la comunicación no verbal favorece la perspectiva totalizadora que necesita la percepción de los intercambios personalizados. La información de tipo indicial es con frecuencia más significativa que el lenguaje expresado referencialmente, pues es al nivel de los indicios y las señales como el sujeto administra inconscientemente la interacción personal (nivel abductivo). Los códigos no verbales son utilizados espontáneamente por los interlocutores para lograr un tipo de relación aceptable. Si la verbalización se sitúa en un grado de consciencia que reduce la conversación a un nuevo intercambio informativo, la observación de los sentimientos y emociones subjetivos muestran, en cambio, un contenido manifiesto de verdad que trasciende la positividad de la palabra. En la medida en que usamos tanto signos verbales como no verbales, nuestras actitudes y emociones se expresan más fácilmente, de manera natural, a través del comportamiento no verbalizado, pues condensa el nivel de lo más directamente subjetivo y no racionalizado por la abstracción verbal de la palabra. Los códigos presenciales son, en este sentido, los más eficientes en las funciones connotativa y emotiva, que revelan la profundidad de toda relación íntima a nivel subjetivo.

En el caso concreto de la entrevista, el lenguaje silencioso, el cuerpo y, en general, los códigos presenciales, son los elementos más decisivos para que el entrevistador controle la comunicación. “Así, inferimos la naturaleza de la relación afectiva de señales tales como la expresión facial, la mirada, la postura del cuerpo y los gestos. El tipo de relación afectiva que se desarrolla está fuertemente ligado a la manera como el entrevistador y el entrevistado interpretan las señales no verbales emitidas por el otro.”<sup>12</sup>

Según Argyle, dentro de la comunicación no verbal pueden distinguirse diez tipos de códigos :

1. *El contacto físico*. Este código, junto con el de proximidad, marca las diferencias entre distintos grupos y culturas, tal y como lo analiza Hall. Por eso, “a quién tocamos, dónde y cuándo lo hacemos puede transmitir mensajes importantes acerca de nuestras relaciones.”<sup>13</sup>
2. *La proximidad*. El entrevistador debe conocer los rasgos distintivos en la relación humana que crean distancias afectivas significativamente dife-

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>13</sup> John Fiske, *Introducción al estudio de la comunicación*, Editorial Norma, México, 1984, p. 57.

rentes. Así, una distancia menor de un metro es íntima, y más de dos metros y medio semipública. Mientras que las distancias de la clase media tienden a ser ligeramente mayores en su forma de relacionarse que las correspondientes a las clases trabajadoras. Por lo tanto, para el buen desempeño de la entrevista, conviene tener en cuenta las normas tácitas de la proxemia en la contemplación de las distancias culturales, guardando una distancia menor o aproximada al metro, con el fin de que el entrevistador pueda generar un clima de relativa intimidad con el entrevistado.

3. *La orientación.* Dependiendo del ángulo de nuestro cuerpo con relación a otros, estamos generando hacia las personas un sentimiento de confianza o, por el contrario, de hostilidad. Es común recomendar, por ejemplo, que en las entrevistas ambos interlocutores –emisor y receptor– mantengan una visión total de su campo. Aunque, por ejemplo, en entrevistas de trabajo, la orientación cara a cara incrementa la tensión y ansiedad en el entrevistado. Como recomendación, es conveniente adecuar nuestra orientación corporal al contexto global de la entrevista, con el fin de manejar pertinentemente los distintos niveles de intimidad o agresión.
4. *La apariencia.* Lógicamente, cabe pensar que si el principal propósito de la interacción verbal es obtener información del entrevistado, entonces debe evitarse cualquier comportamiento y apariencia que distraigan al interlocutor de este fin. Por lo tanto, en este código presencial hay que tomar en cuenta dos tipos de variables:
  - a) Aquellas controlables voluntariamente (vestuario, cabello, pintura corporal, adornos, arreglos, etcétera).
  - b) Aquellas ajenas a nuestro control (altura, peso, color de piel, fisonomía, etcétera...).

En las primeras, el entrevistador debe dedicar una atención adecuada para prevenir cualquier interpretación deformante del entrevistado en el proceso de comunicación. Respecto a las segundas variables, el dominio escapa a la voluntad de investigación. Uno de los problemas de las técnicas cualitativas de investigación es que éstas no son metódicas, no todos los investigadores pueden aplicar competentemente la técnica correspondiente, pues como veremos, el principal instrumento de investigación es el propio investigador.

5. *Las inclinaciones y movimientos de cabeza.* Son características en la administración de la interacción. Como recurso es imprescindible para provocar la retroalimentación. Y, como acto reflejo, facilita el impulso conversacional del entrevistado. Habitualmente, constituye un código suma-

mente útil para garantizar el mantenimiento del vínculo comunicativo. Su consideración es de uso obligado en el ejercicio de cualquier tipo de entrevista.

6. *La expresión facial.* De los códigos presenciales es el que menos variaciones transculturales experimenta. Puede ser desglosada a su vez en varios subcódigos, como la posición de las cejas, la forma de los ojos, la forma de la boca y/o el tamaño de la nariz. Es de gran ayuda para el entrevistador, pues le permite conocer el estado de ánimo y apreciación afectiva y psicológica de lo dicho por el entrevistado; este código le permite, mediante un uso apropiado, interpretar la expresión personal y una mayor profundización sobre los aspectos comentados en la conversación por el interlocutor objeto de estudio. De ahí, su importancia en la consideración de los aspectos cognoscitivos presentes en toda comunicación.
7. *Los gestos.* Estrechamente coordinado con el habla, en cuanto complemento de la comunicación verbal, dadas las limitaciones naturales de ésta, este código presencial es otro de los factores que regula y administra globalmente el desarrollo de la entrevista. A tal fin, el entrevistador, en la interacción verbal, debe distinguir entre gestos indicativos, simbólicos e icónicos. Y, por otra parte, debe identificar el origen y sentido de tales gestos en el comportamiento de su interlocutor para un adecuado conocimiento del entrevistado.
8. *La postura.* La ansiedad que no se deja traslucir en la cara, por medio de la expresión facial, puede ser vista a través de la disposición de la postura del entrevistado. “Con frecuencia, está relacionada con actitudes interpersonales: amistad, hostilidad, superioridad o inferioridad son actitudes que pueden ser indicadas con la postura.”<sup>14</sup> Por otro lado, si el contexto no es el propicio, si el espacio físico en el que se desenvuelve la entrevista no facilita la comodidad del entrevistado, éste tendrá que adoptar una postura no agradable, que condicionará el tipo y modulación de su discurso; por ejemplo, utilizando sus turnos de palabra mediante alocuciones breves. Luego, la postura puede favorecer el dominio del espacio por el entrevistado o, en su defecto, la adaptación dependiente al mismo, mediante una disposición a la defensiva.
9. *El contacto visual.* El contacto visual garantiza la comunicación verbalizada. Indica una relación afiliativa, a la vez que expresa un deseo auténtico de retroalimentación en la medida en que se presta atención al modo en que reacciona nuestro interlocutor. Sin embargo, este tipo de código no siempre implica una voluntad expresa de favorecer la retroalimentación. Por ejemplo, en las entrevistas de negocios, el dominio se ejerce sobre el

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 59.



hablante sosteniendo la mirada del otro directamente hasta que baje la vista a modo de sumisión. El contacto visual en la entrevista de investigación debe propiciar, por el contrario, el diálogo conversacional con el entrevistado, para que éste vea interés y cierta empatía de parte del entrevistador hacia el significado y trascendencia de lo que se está diciendo. Un error habitual en algunos entrevistadores es fijar su mirada sobre las anotaciones de campo, sin prestar atención a la necesidad de reflejo que demanda el entrevistado respecto a su discurso. Además de los movimientos e inclinaciones de cabeza, el hablante necesita la mirada atenta del otro para poder proseguir con orden y motivación el hilo de su razonamiento. Luego, la memoria, la inferencia y el don de palabra son habilidades personales que debe poseer todo buen entrevistador. Volvemos a repetir que en este tipo de técnica cualitativa el investigador es un artífice, crea su propio método a partir de su *imaginación sociológica*, no es para nada metódica.

10. *Los aspectos no verbales de la palabra.* Por último, deben tomarse en cuenta los elementos no verbales de la palabra, puesto que ellos son indicativos del origen y la calidad cultural del hablante. Estos elementos son clasificados dentro de los llamados códigos prosódicos y códigos paradigmáticos. Incluyen aspectos como la entonación, el volumen, los errores de pronunciación, el acento e incluso la velocidad de habla, siendo en general de interés para el entrevistador en la medida en que nos ofrece información sobre el carácter de nuestro interlocutor, hasta el punto de ser útil, en ocasiones, para acomodar una mejor conversación durante el desarrollo de la interacción verbal.

Como se puede inferir, todos y cada uno de estos códigos son de significativa importancia para el correcto desempeño durante el trabajo de campo de la entrevista. Es más, estos códigos y su adecuado manejo constituyen el núcleo central de la técnica de entrevista, en la medida en que el conocimiento de los actores sociales depende de una mayor aproximación a su radical diferencia como sujetos, siendo los elementos connotativos y/o afectivos de la comunicación los que nos proporcionan un tipo de información más fiable en torno al modo de pensar y sentir que tiene el entrevistado. Las interpretaciones que puede inferir el entrevistador sobre los rasgos aparentes que muestra en un primer momento el entrevistado, pueden ser útiles para aventurar hipótesis y conjeturas que ayuden en la observación del desarrollo de la entrevista. De hecho, la actividad central del entrevistador consiste en estar atento a las contradicciones entre el nivel de lo conscientemente racional y la intencionalidad latente del discurso que revelan los elementos no verbales. El entrevistador debe adquirir destreza y un amplio conocimiento sobre los modos complementarios de la comunicación intensiva no

verbal para percibir, en el sentido correcto, las señales que constantemente está generando el entrevistado. La comprensión atenta de la congruencia de los gestos es el primer punto de referencia para llegar a descubrir la actitud de una persona. El problema es que esta complementariedad entre el habla y los significados no verbales no se caracteriza precisamente por su clara obviedad. Aún, siendo el factor más genuinamente auténtico de la personalidad de un individuo, el gesto es más opaco que revelador.

Los códigos de la comunicación no verbal indican una percepción más hologramática de los actores sociales. Y, en esa medida, interesa tomarlos en cuenta como herramientas fundamentales del trabajo de campo cuando se aplique esta técnica. Ya que, lo que está en juego en el buen desarrollo de la conversación, es precisamente la posibilidad de mantener el precario equilibrio de este tipo de interacción. Como explica Keats, la situación de la entrevista no es estática sino dinámica y puede llegar a resultados variados. Así, como el que responde y el entrevistador reaccionan a las preguntas y respuestas de cada quien, ocurren cambios en las estructuras cognoscitivas, en motivación, en actitudes y en relaciones afectivas. El manejo de las realidades psicofisiológicas dentro del contexto social determinado de la entrevista resulta altamente confrontativo para el individuo, aportando, a través de la tensión del habla, la imagen del verdadero yo. Sólo identificando las señales de comunicación no verbal pueden percibirse tales cambios en beneficio de nuevos reequilibrios comunicativos. De ahí la importancia que adquieren estos elementos en el dominio general de la entrevista como técnica de investigación.

### *Elementos cognoscitivos de la entrevista*

Es justamente a través de los códigos no verbales durante el desarrollo de la conversación, que la entrevista pone en juego un amplio número de procesos cognoscitivos tales como, por ejemplo, la observación, la memoria, la inferencia lógica, la adquisición de conceptos, la categorización y el sentido de la reciprocidad. El entrevistador tiene que categorizar constantemente, revisar y evaluar lo que dice el que responde, buscar la relación entre las respuestas que se dan al principio y al final de la entrevista, y formular las preguntas subsiguientes de acuerdo con ellas. El que responde, por supuesto, hace lo mismo, formula las respuestas conforme a su interpretación de las intenciones del entrevistador y sus reacciones a respuestas anteriores.

En este sentido, una de las técnicas elementales como recurso cognoscitivo para la entrevista es la empatía, la capacidad de comprender la situación total del desarrollo de la conversación desde el punto de vista del otro. Se trata, en términos piagetianos, de implementar procesos de asimilación y acomodamiento, con el

fin de lograr la reciprocidad y el conocimiento del rol de nuestro interlocutor. De modo que este proceso conceptual propicie “una tolerancia de las diferencias y una disposición a no juzgar los motivos y sentimientos de una persona que a veces se puede interpretar como simpatía.”<sup>15</sup> Por lo tanto, los prejuicios deberán ser eliminados en favor de la reciprocidad y la comprensión mutua. Pues, la comunicación no empática obstaculiza el buen desarrollo de la conversación y hace inviable el éxito en el trabajo de campo en el caso de la entrevista en profundidad. Por otra parte, crea distancias entre el emisor y el receptor, el entrevistado se sentirá objeto de una interrogación, al no ser reconocido en su radical diferencia subjetiva por el interlocutor. Todo sujeto necesita ser reconocido y aceptado por los otros. Si el hablante no se posiciona en su punto de vista y mantiene distancias poco confiables para el entrevistado, la ausencia de empatía provocará en él un comportamiento a la defensiva, que obstaculizará toda posible comunicación. Dominará entonces la lógica de la doble agenda. A tal fin, es conveniente que el entrevistador recurra de manera constante en la entrevista a la técnica del reflejo.

Toda entrevista se fundamenta en dos principios básicos: el arte de hablar y el arte de escuchar. El respeto al sistema y estructura de turnos hace factible el buen entendimiento en la conversación. La aportación de la psicoterapia rogeriana ha contribuido justamente a perfeccionar el arte de saber escuchar. El entrevistador, más que saber preguntar debe saber comprender lo que dice el entrevistado. Mediante la técnica del reflejo, considerada en psicología un nivel de percepción, el entrevistador puede garantizar un buen nivel de retroalimentación, facilitando el cumplimiento de varios fines:

- Ayuda a convencer al entrevistado del buen interés del entrevistador hacia sus necesidades.
- El hecho de recibir *rebotado* el problema o la situación origen de la entrevista, ayuda a reducir su importancia o inmediatez, racionalizando el discurso del hablante.
- Garantiza la retroalimentación del proceso comunicativo.

El reflejo garantiza el vínculo empático durante la conversación y, por lo mismo, favorece el habla compulsiva en el entrevistado. Este es, por lo tanto, el principal elemento cognoscitivo en la entrevista. Aunque, por supuesto, no nos olvidamos de la memoria. Tanto entrevistado como entrevistador ejercen en la interacción comunicativa su capacidad memorística, ligada a la inferencia lógica y a la constante y necesaria categorización. Recientes investigaciones demuestran, sin embargo, que la capacidad de memoria ha decrecido progresivamente en la medida en que se reproduce la hiperinflación informativa en la nueva sociedad de masas. Por

<sup>15</sup> Keats, *Op. cit.*, p. 74.

ejemplo, el uso de la grabadora en la entrevista ha motivado la pérdida de concentración comunicativa de los entrevistadores, así como la disminución de habilidades de percepción y agudeza observadora, al ser progresivamente desplazadas estas funciones al instrumento técnico mediador que todos los investigadores utilizan en el trabajo de campo. Por ello, los ejercicios de observación y evocación memorística son prácticas muy recomendables en la buena formación del entrevistador, cuya máxima eficacia consiste en dejar de preguntar para que le respondan, procesando sistemáticamente toda la información. “El intercambio debe ser asentado en una sólida interacción humana, la cual se sustenta en el paulatino incremento de relaciones socio-emocionales, ya que el acopio de datos deviene, por sí mismo, en un proceso de aprendizaje, un proceso en el que las partes, al involucrarse, aprenden.”<sup>16</sup> A este respecto, cabe decir que la destreza cognitiva del entrevistador es directamente proporcional al dominio y al conocimiento de los elementos afectivos.

### **Dialéctica del habla. Bases psicológicas de la conversación**

En la entrevista, emisor y receptor mantienen una serie de relaciones afectivas en la que ponen en juego toda una serie de diversas plusvalías simbólicas. La mayoría de la gente, como señala Goffman, desea ser percibida favorablemente por la otra persona y emite señales para que se la aprecie. La entrevista, en este sentido, es un cambio conductual que pone en juego la apropiación personalizada del lenguaje.

Ahora bien, desde la teoría matemática de la comunicación, muchos estudiosos consideran el *eslabón humano* dentro de los sistemas de comunicación, como si fuera un ruido parasitario, algo así como perturbaciones infortunadas que vienen a reducir la eficacia del propio sistema. Con la aplicación de las leyes inexorables de la termodinámica y el estudio central en torno al concepto clave de entropía, a la teoría de la comunicación no le queda otra alternativa, sin embargo, que reconocer el ruido como elemento necesario en todo proceso comunicativo. Luego, la interacción humana se piensa cualitativamente y no de manera instrumental. Hemos visto en el primer capítulo cómo la psicología, junto con la lingüística y el arte de la hermenéutica, entre otras disciplinas, han posibilitado un acercamiento interpretativo al fenómeno de la comunicación frente al modelo informacionista dominante. Entre otras aportaciones, la psicología de la comunicación ha hecho factible un mayor conocimiento sobre el hombre como canal informativo, con todas sus inevitables y positivas limitaciones. Como escribiera Fiske, el hombre es

<sup>16</sup> Alejandro Acevedo y Alba Florencia López, *El proceso de la entrevista. Conceptos y modelos*, Editorial Limusa, México, 1988, p. 10.

un lamentable componente dentro de un sistema de comunicación. Tiene escasa amplitud de banda, un alto nivel de ruido, es caro mantenerlo y además duerme ocho horas de 24.

En otros términos, el ruido, la interferencia, así como el fenómeno de la redundancia, son fenómenos indispensables, en cierta proporción, para el buen desarrollo de la comunicación humana. En toda comunicación existen ciertas interferencias que devalúan la cantidad total de información percibida. La percepción consiste justamente en la transformación que de la información hace el receptor. De lo contrario, no estaríamos ante procesos de comunicación, sino ante procesos mecanicistas de transmisión de información, cuya naturaleza puede prescindir del elemento específicamente humano. Es por esto que el ruido no debe ser valorado como una barrera en el desarrollo de la entrevista. Si su control es decisivo para la cantidad y la calidad de la información obtenida en trabajo de campo, es necesario tomar en cuenta que el eslabón humano es fuente de ruido en tanto que las perturbaciones en la comunicación son *incorregibles* y necesarias para la comunicación misma. En la entrevista, es conveniente renunciar a la ideología eficientista como condición *sine qua non* de la comunicabilidad con el interlocutor, de su reconocimiento como igual, como un sujeto que habla, vive y siente... que desea comunicar. En la presente exposición, concebimos la entrevista más que como técnica como un arte, para lo cual hay que conocer los elementos y procesos espontáneamente humanos. Sin que queramos con ello sellar científicamente la cultura, como pretendiera Cassirer y otros tantos autores.

Así pues, justamente por su valor en cuanto interacción simbólica, nos interesan las implicaciones psicológicas presentes desde el principio en toda conversación. Tal y como señala Mead, cuando los individuos no sólo se hablan sino que se contestan, cuando se hablan y se contestan a sí mismos tan realmente como otra persona les contesta, tenemos una conducta en la que los individuos se vuelven objetos para sí mismos. Ahora bien, como hemos dicho, son objetivados en cuanto asumen alternativamente los roles de emisor y de receptor en un intercambio valorizante de la identidad. Es por esto que sentimientos y afectividades constituyen el terreno común para el análisis de las condiciones de comunicabilidad en el proceso de la entrevista. Proceso elementalmente humano, pues pertenece al grado primario de la comunicación social.

Entonces, el punto de partida para el estudio de los aspectos psicológicos en la entrevista se centrará en el proceso de intercambio informativo que implica toda conversación.

A través del diálogo y del arte de la mayéutica, Sócrates, como ya mencionamos, inaugura el camino de la conversación como forma de acceso al conocimiento. La entrevista, por ello, se basa y se organiza como investigación en el hábito conversacional. En la entrevista, el intercambio verbal se caracteriza por su dialogicidad. Esto es, como demuestra Bajtin, la enunciación es de naturaleza interactiva, su

atributo principal es el carácter de *destinado*, modulado por la presencia del destinatario. En este sentido, la idea de que el destinatario está presente en el mensaje, antes incluso de que el emisor codifique su discurso, afirma el hecho compartido de la comunicación. Por otra parte, la práctica del diálogo es en sí misma revolucionaria. “El habla modifica la situación de los hablantes, produce un efecto sobre los interlocutores (modifica el contexto existencial).”<sup>17</sup> Pues, es en el acto del habla cuando transformamos nuestra conciencia reformulando la identidad del *yo* a través del *otro*. No por otra cosa el psicoanálisis se basa en la conversación como ritual. A través del sistema de pregunta y respuesta, el cliente reconstruye su psiquismo navegando por encima del inconsciente. La conversación es un intercambio satisfactorio de ideas orientada por la lógica de obtención de placer. En este sentido, “el deseo humano se fragmenta en el lenguaje, pues tiene que expresarse en palabras discretas.”<sup>18</sup>

La potencialidad del lenguaje en acto es la práctica fundante de toda comunicación humana. “El orden social es del orden del decir. Está hecho de dictados e interdicciones.”<sup>19</sup> La relación íntima que existe entre verbalización y pensamiento hace que el lenguaje configure nuestros pensamientos y que nuestros pensamientos configuren nuestro lenguaje, modelizando igualmente nuestras actitudes personales y la praxis. La conversación –dice Meerloo– es un lubricante social, un intercambio mutuo de tolerancia y la concesión de igual honor. Promueve el sentido de la comprensión directa. Proporciona el goce del intercambio intrascendente pleno de verbosidad exaltada y el placer de saborear el *sinsentido*. Harvey Sacks ha analizado la conversación como fenómeno vital llegando a las siguientes conclusiones, útiles sin duda para la entrevista en profundidad:

- La conversación, en principio, es una necesidad compulsiva del sujeto social.
- Su norma es que se practica en diversas condiciones y de múltiples maneras, compartiendo, no obstante, en todas las situaciones posibles, la ausencia de un objetivo o finalidad práctica. Nada más que el placer de hablar por hablar.
- En este sentido, podríamos decir que la conversación se reduce a la trivialidad. Por eso, estos intercambios verbales son justamente los intersticios en donde se conforman la identidad y la percepción social, ya que como señala el mismo autor:

<sup>17</sup> Ibáñez, *Op. cit.*, p. 160.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 109.

<sup>19</sup> Jesús Ibáñez, “La guerra incruenta entre cuantitativistas y cualitativistas”, en Román Reyes (ed.), *Las ciencias sociales en España*, UCM, vol. I, Madrid, 1992, p. 135.

- a) Estructura el proceso de pensamiento valiéndose de él como instrumento de pensar.
- b) Es un factor decisivo que determina la percepción propia del mundo y de sus sentidos.
- c) Como modelo especial de situación de habla, es el vehículo principal de transmisión y recepción de ideas, valores e informaciones.
- d) En cuanto destreza social, fundamenta la convivencia en comunidad, por otra parte determina las alternativas de experiencia, en términos de oportunidades sociales para el sujeto hablante.

Por ello, la entrevista sirve para desvelar emociones, sentimientos y subjetividades. La conversación no consiste sólo en un mero intercambio informativo. El arte de preguntar y escuchar afecta, en diversos niveles, a las necesidades psicológicas de los individuos.

En cuanto fenómeno vital, la conversación “por un lado, consta de expresiones (presiones que salen hacia afuera); el hombre al hablar, modela y moldea su propio pensamiento, le da forma, lo afirma y controla la acción(...) Por otro lado, el interlocutor tiene que traducir lo que dice el compañero, y no sólo en el plano de las ideas, sino también en el de los sentimientos.”<sup>20</sup> Expresarse a sí mismo en la conversación, es como alimentarse recíprocamente con palabras y gestos para llegar a la relajación. Toda conversación es un ejercicio vital que libera y condensa energías. Implica una descarga mutua de tensiones y cumple una función catártica de adaptación a través de la promiscuidad contingente de las palabras.

Ahora bien, en la situación de la entrevista, emisor y receptor no están en igualdad de condiciones, como idealmente sucede en la conversación. Pretendiendo la entrevista cualitativa de investigación ser una variante de esta última, su característica esencial no es el intercambio sino la planeación estratégica, no la tolerancia sino el control humano, pues se define como un proceso comunicativo de tipo operacional: la conversación deja de ser un arte para convertirse en técnica. Por ello, un buen entrevistador debe conocer los procedimientos, las herramientas metodológicas y los elementos técnico-instrumentales presentes en la entrevista psicológica, con el fin de *sumergirse naturalmente* en la dialéctica del habla. Necesariamente, el entrevistador debe dominar el arte de la conversación, ser humanista en el sentido etimológico de la palabra. De lo contrario, generaremos distorsiones comunicativas o información redundante.

Cuando la conversación y la comunicación llegan a una penetración libidinal mutua, sin tabúes que provoquen ansiedad, equivalen, dice Meerloo, a una especie de terapia grupal espontánea, sin interferencia de un terapeuta. Se trata de llegar al discurso del otro, a través del habla, sin mediación instrumental alguna, salvo

<sup>20</sup> Rodríguez *et al*, *Op. cit.*, p. 56.

la meramente cognitiva. Lo cual equivale a decir que, como entrevistadores, tal arte consiste en negar nuestro rol en la investigación en beneficio de la espontaneidad. Se trata pues, más que de una técnica, del arte de lo humano. En esta misma tesitura debe situarse la entrevista cualitativa.

### **La entrevista cualitativa**

Como la conversación, la entrevista abierta destaca por ser un tipo de conversación interpersonal ambiguamente definida. La entrevista cualitativa se encuentra a medio camino entre la conversación cotidiana y la entrevista formal. Se trata de una conversación con un alto grado de institucionalización y artificiosidad, debido a que su fin o intencionalidad planeada determina el curso de la interacción en términos de un objetivo externamente prefijado. No obstante, al permitir la expansión narrativa de los sujetos, se desenvuelve como una conversación cotidiana, “una actividad cuya naturalidad hace quizás imperceptible su importancia donde el sujeto, a partir de relatos personales, construye un lugar de reflexión, de autoafirmación (de un ser, de un hacer, de un saber), de objetivación de la propia experiencia.”<sup>21</sup> Quizás por ello la entrevista es una de las herramientas privilegiadas por los sociólogos. Desde la antropología y el análisis etnográfico, el uso de la entrevista ha ido abriéndose camino entre las ciencias sociales como medio apropiado de producción de datos en una multiplicidad de áreas. El deseo de aprehender *objetivamente* lo inasible de su objeto, ha llevado recientemente a las ciencias sociales a colonizar nuevos territorios, incorporando así materiales ajenos hasta hace poco a la pretenciosidad del procedimiento científico.

La inaccesibilidad de la información, marginada por el paradigma científicista de la investigación distributiva, obligó a la investigación social a adoptar técnicas de interacción verbal ya utilizadas con éxito por la práctica psicoanalítica y la psicoterapia de grupo. Aunque, como comenta Ibáñez, hubo que invertir la correlación entre medios y fines, ya que en la cura psicoanalítica el discurso es un medio y en la investigación social el discurso es el fin: la materia prima sobre la que trabajará el análisis.

En este sentido, la entrevista cualitativa ha contribuido a mediar los significados de las voces ausentes en el estudio de lo social. El mundo íntimo de las culturas populares y los ámbitos ignotos de los espacios de vida constituyen la nueva materialidad recuperada por la investigación microsociológica basada en la calidad de la palabra. Pues, es en las prácticas conversacionales donde los individuos construyen su identidad, el orden y el sentido (interdicción) de la sociedad, según el contexto en el que viven. A partir de las prácticas conversacionales, el sujeto se

<sup>21</sup> Arfuch, *Op. cit.*, p. 54.



diferencia y distancia con los otros. Y, por supuesto, también se identifica con los otros.

El análisis de la relación lenguaje/sociedad nos ha dejado dicho que los problemas presentes en la conversación, como intercambio cotidiano de desempeño y uso de las competencias comunicativas, resulta el lugar privilegiado para estudiar la compleja red de relaciones en las que se distribuye el poder y se crean las identidades colectivas de los actores sociales. Justamente, en la entrevista cualitativa se pretende favorecer la creación de redes de intersubjetividad, más allá de las presiones y el control social que implica el objetivo de la investigación sobre nuestro objeto de estudio, que en realidad es un sujeto en diálogo, enfrentado a nosotros mismos. Por eso, en esta técnica –de la que hemos dicho que más bien se trata de un arte– lo sustantivo es la connotación del habla, las señales o las huellas de las emociones, los sentimientos, expresados inconscientemente de manera natural, a través de la gestualidad o la entonación. No es tan revelador lo que se dice, que el cómo se dice.

La entrevista abierta viene a ser “una narrativa, un relato de historias diversas que refuerzan un orden de la vida, del pensamiento, de las posiciones sociales, las pertenencias (...) Fragmentaria, como toda conversación, centrada en el detalle, la anécdota, la fluctuación de la memoria, la entrevista nos acerca a la vida de los otros, sus creencias, su filosofía personal, sus sentimientos, sus miedos.”<sup>22</sup> La entrevista cualitativa es pues una narración conversacional creada conjuntamente por el entrevistador y el entrevistado, que contiene un conjunto interrelacionado de estructuras que la definen como objeto de estudio. De ahí que todo dispositivo técnico, desplegado en el trabajo de campo por el investigador, se oriente a mantener abierta la comunicación interpersonal; cercada permanentemente por la amenaza de la interrupción del diálogo en su incompletud y sus limitaciones fragmentarias. Es decir, como la conversación, la entrevista cualitativa es fruto del azar y la necesidad. Ésta, es su principal virtud, a la vez que su más importante limitación. Pues, como hemos visto, el carácter inconcluso y abierto, y la variedad de historias que narra, con mayores o menores detalles, definen a la entrevista abierta como un arte basado en la competencia conversacional. La herramienta de productividad investigadora es el propio sujeto de la investigación en proceso. La materia prima será la palabra como vehículo de experiencia personalizada. Y el fundamento de la validez, la autenticidad de la voz.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 89.

### *Delimitación conceptual*

Cuando hablamos de entrevista abierta o cualitativa, distinguimos básicamente dos tipos de técnicas de investigación: la entrevista en profundidad y la entrevista enfocada. Ambas, se fundamentan en la misma estructura instrumental a la hora de operar en lo real concreto durante la etapa de trabajo de campo. Sin embargo, difieren en la estrategia de diseño que efectúa el investigador.

Por entrevista en profundidad entendemos un tipo de entrevista cualitativa de carácter holístico, en la que el objeto de investigación está constituido por la vida, experiencias, ideas, valores y estructura simbólica del entrevistado aquí y ahora. En la entrevista enfocada, en cambio, existe predeterminado de antemano un tema o foco de interés, hacia el que se orienta la conversación y mediante el cual hemos seleccionado a la persona objeto de la entrevista. “La entrevista enfocada pretende responder a cuestiones muy concretas, tales como, estímulos más influyentes, efectos más notorios, diferencia de sentido entre sujetos sometidos a la misma experiencia.”<sup>23</sup> Mientras que la entrevista en profundidad pretende hacer un holograma dinámico de la configuración vivencial y cognitiva de un individuo en cuanto tal, es decir, independientemente de su participación como actor social en una experiencia significativa o de su posible relación con un tema particular determinado. La entrevista enfocada es funcionalmente más estructurada. También es abierta pero definida conceptualmente. El sujeto nos interesa porque, de alguna manera, se conoce de antemano su participación en una experiencia que ha motivado el diseño de la investigación. El entrevistador orienta sus estrategias a enfocar el tema objeto de estudio a través de los vericuetos y anecdotarios personales del entrevistado, que como interlocutor será llevado una y otra vez por el investigador al terreno de los tópicos por el cual se le otorga la palabra. En este sentido, la entrevista enfocada es más una técnica que un arte. Mientras que la entrevista en profundidad es más un arte que una técnica. La primera es tópica, pues sitúa en un lugar determinado al entrevistado. La segunda simula ser utópica, en la medida en que imagina una identificación de los hablantes en el goce trivial de la palabra... No hay nombres, no hay significantes que anclen de manera contingente los discursos de ambos interlocutores, sólo la promiscuidad del verbo y el deseo del otro, que supuestamente es deseo de ser deseado.

En la entrevista enfocada, la *rueda radial* que imaginara Merton, hace rodar al entrevistado por los caminos trillados que previamente construye el entrevistador. El movimiento de la conversación es repetitivo, incluso redundante. Se trata de profundizar una y otra vez sobre el mismo asunto desde diferentes perspectivas. Prima la lógica del *zoom*, pues es una entrevista más bien fotográfica. No hay

<sup>23</sup> José Ignacio Ruiz Olabuénaga y María Antonia Ispizua, *La descodificación de la vida cotidiana*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989, p. 153.

cuestionario, pero sí cuestionamiento. El sujeto es considerado sujeto pero para ser sujetado como actor social participante de una experiencia, es un sujeto que debe ceñirse a hablar sobre el tema preestablecido. La conversación se convierte así en una disertación. Domina la certeza sobre la paradoja trivial de la palabra. El lenguaje es más referencial que metafórico, fático o conativo. La experiencia subjetiva que se narra es una experiencia mediada por el acontecimiento.

En la entrevista en profundidad, en cambio, la experiencia no es una experiencia individualizada. Puesto que la narración es una narración dialógica, la mirada hologramática va más allá del yo atomizado, es decir, se trata de una narración abierta y pluralmente rica en sus matices. El sujeto no está anclado en un territorio, el habla que busca el entrevistador le desterritorializa. Interesa el sujeto como actor en su radical diferencia, más allá del orden del decir que le interpela como sujeto.

Ahora bien, ambos tipos de entrevista cualitativa operan técnicamente de manera similar. La estrategia no ordena totalmente las tácticas de movimiento en el trabajo de campo. La metodología que se explique más adelante sirve por tanto para la entrevista cualitativa en general. Se hace esta delimitación previa porque, con frecuencia, numerosos autores equiparan la entrevista en profundidad con la entrevista cualitativa, incluyendo en su tipología bajo este concepto la entrevista enfocada y otras variantes.

Desde nuestro punto de vista, es más correcto hablar de entrevista abierta o cualitativa, para incluir en ella a la entrevista en profundidad y a la entrevista enfocada como dos variantes diferentes de esta técnica cualitativa, junto con otras modalidades importantes como la técnica de entrevista grupal, la biografía asistida o la técnica Delphi.

### *Fundamentos de la entrevista cualitativa*

La entrevista cualitativa es un tipo de entrevista no directiva, abierta, no estructurada ni estandarizada. La entrevista cualitativa sigue pues el modelo conversacional, superando la perspectiva de un intercambio formal de preguntas y respuestas en la medida que trata de simular un diálogo entre iguales. Esto es, el sujeto entrevistado no es sólo un yo comunicante. Más allá de la función que le asigna el contexto de la entrevista de investigación, el entrevistador busca desarrollar en él su potencial de expresión y racionalización de la experiencia a través del otro generalizado, “desde el conjunto de puntos de vista particulares de otros individuos miembros del mismo grupo, o desde el punto de vista generalizado del grupo so-

cial al que pertenece.”<sup>24</sup> Como apunta Enrique Alonso, no se trata de un yo atomizado, definido en términos del individualismo metodológico por la flecha causalista del conductismo o, en economía, por la posesión utilitaria. Más bien, es un yo narrativo, tal y como contempla la perspectiva constructivista.

La entrevista debe superar dos peligros que se ciernen habitualmente en la investigación que domina hoy el panorama de las ciencias sociales. Por un lado, como técnica cualitativa, la entrevista entra en contradicción con la perspectiva positivista, pero en modo alguno se reduce; por otra parte, a la visión semiotizante:

La entrevista abierta, por tanto, no se sitúa en el campo puro de la conducta –el orden del hacer–, ni en el lugar puro de lo lingüístico –el orden del decir–, sino en un campo intermedio en el que encuentra pleno reconocimiento metodológico: algo así como el decir del hacer, basado fundamentalmente en que el hecho de hablar con los interlocutores de lo que hacen y lo que son.<sup>25</sup>

En otras palabras, el objeto de análisis es el habla, visto desde lo social en todas sus dimensiones, más allá de cualquier tipo de reduccionismos sociológicos. La entrevista no es sólo textualista, sino igualmente contextual y situacional. Los procedimientos y reglas de interacción verbal cara a cara, se desarrollan incorporando los lenguajes no verbales del cuerpo (kinésica) y la utilización y manejo del espacio (proxémica). A partir de los trabajos de la Escuela de Palo Alto, en el estudio del comportamiento del grupo familiar con cámara Gesell, el análisis de la interacción cotidiana no puede ser estudiado sin la consideración del lenguaje silencioso. Así lo hemos querido destacar en los fundamentos de la teoría y la técnica de la entrevista.

Luego, más allá de los convencionales reduccionismos sociológicos, la entrevista cualitativa debe tratar a las personas y a las situaciones en que se desenvuelven conversacionalmente esas personas, como experiencias únicas e intransferibles que exigen una retroalimentación permanente durante el proceso mismo de la investigación. Aunque la entrevista abierta se utiliza con frecuencia para obtener información general del entrevistado en relación al grupo social de pertenencia, se deben dejar de lado los estereotipos de clasificación como formas de marcaje y reconocimiento social. La entrevista busca información personalizada, tratando a los sujetos en su exclusiva originalidad a partir de los significados que ellos mismos elaboran en lo que se denomina su sentido común. Por ello, nos interesamos más por el proceso de interacción verbal que por el producto, a diferencia, por ejemplo, de la entrevista distributiva.

<sup>24</sup> Luis Enrique Alonso, “Sujeto y discurso: el lugar de la entrevista abierta en las prácticas de la sociología cualitativa”, en Juan Manuel Delgado y Juan Gutiérrez (coords.), *Métodos y técnicas cualitativas de investigación en ciencias sociales*, Síntesis, Madrid, 1994, p. 226.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 227.

### *Medir para tomar medidas*

En la introducción de carácter histórico con la que iniciábamos este capítulo, siguiendo a Morin, hicimos una diferenciación elemental entre la entrevista cualitativa (intensiva) y la encuesta de opinión (entrevista extensiva):

Por un lado, la entrevista abierta, en el límite, sin preguntas planteadas por el entrevistador y, por otro, la entrevista cerrada, en el límite, con un cuestionario al cual basta con responder sí o no. Por un lado, respuestas prolíficas, complejas, ambiguas; por el otro, respuestas claras, simples. Por una parte, una conversación de larga duración, o sea, reiterada hasta la profundización suficiente; por otro, un cuestionario rápido. Por una parte, las personas implicadas, entrevistador y entrevistado, tienen una importancia capital, así como la naturaleza psicoafectiva de la conversación; por otra, es la respuesta y no la persona la que tiene importancia primordial. Por una parte, una extrema dificultad para interpretar la entrevista y para explotar sus resultados; por la otra, la posibilidad de establecer una muestra representativa y de tratar estadísticamente los resultados.<sup>26</sup>

Esta diferencia de enfoque se resume en que la entrevista cualitativa parte de un tipo de comunicación connotante y expresiva, y la encuesta de una comunicación descriptiva y cognoscitiva según la lógica del lenguaje objeto. En la encuesta, el sujeto investigador es un sujeto que cosifica a su objeto de estudio, gracias a la distancia que opera en la producción de datos (medir para tomar medidas). “Existe una diferencia entre una aproximación al sujeto de la calle, si se le considera como objeto de conocimiento únicamente, a si se le considera como sujeto de conocimiento en oposición y complemento al conocimiento del sujeto que inicia el proceso.”<sup>27</sup>

La cosificación y homogeneización del objeto obliga a articular los intercambios entre entrevistador y entrevistado, a través de una serie de expresiones verbales previamente estandarizadas. Cuando realizamos una entrevista con cuestionario, el lenguaje es manipulado en su función exclusivamente referencial. Las expresiones de emoción y afecto y las connotaciones que interpreta o manifiesta el encuestado no son objeto de interés ni consideración alguna por parte del investigador. La interacción verbal se reduce a registrar y procesar cuantitativamente lo que el entrevistado dice. Trabaja con respuestas verbales codificadas por preguntas de intencionalidad lingüística referencial. Como indica Ortí, una trabaja a nivel de la formalización denotativa y la función referencial del lenguaje. Otra con el discurso connotativo. La entrevista abierta facilitaría la comprensión de la polisemia, del

<sup>26</sup> Morin, *Op. cit.*, p. 209.

<sup>27</sup> Jesús Galindo, *Encuentro de subjetividades, objetividad descubierta. La entrevista como centro de trabajo etnográfico*, Universidad de Colima, Estudios Sobre Culturas Contemporáneas, p. 152.

nivel connotativo en el uso coloquial del lenguaje por los sujetos, así como las desviaciones ideológicas desplazadas o ignoradas por la encuesta, ya que atribuye a cada pregunta un sentido o significado único, independientemente de la interpretación que aporta cada sujeto.

En la entrevista con encuesta, el sujeto entrevistado sólo puede suscribir la alternativa con la que más se identifica o mayor acuerdo demuestra. La entrevista cualitativa, en cambio, “puede desentrañar con mayor profundidad el proceso significativo estructurante de la visión subjetiva de un comportamiento objetivo.”<sup>28</sup> Pero, por otra parte, la relación durante el trabajo de campo ofrece menos seguridades al investigador, pues la técnica de entrevista abierta depende del nivel de proximidad con el objeto, que es sujeto.

En la encuesta, como indican Taylor y Bogdan, puede que se le pida a los encuestados que ubiquen sus sentimientos a lo largo de una escala, que seleccionen las respuestas más apropiadas a un conjunto preseleccionado de preguntas, o incluso que respondan a preguntas abiertas con sus propias palabras, pero en cualquier caso se trata de un procedimiento estandarizado: el investigador tiene las preguntas y el sujeto de la investigación tiene las respuestas. La entrevista cualitativa, al contrario, favorece la reflexividad del propio entrevistado en el proceso de racionalización objetiva de su vida, mediado por el contacto con el otro, el sujeto extraño que es el investigador, y que intenta actuar como facilitador de esa reflexividad, no con fines terapéuticos como el psicoanálisis, sino simplemente con fines de conocer y compartir, expresarse o manifestarse.

Como se indica en el cuadro que se ofrece a continuación, la investigación con encuesta captura un tipo de información social fotográfica, mientras que la entrevista abierta procura ofrecer una imagen hologramática de la sociedad en movimiento.

#### **Perspectiva distributiva**

1. El diseño antecede de manera escindida al trabajo de campo.
2. El diseño es la parte fundamental de la investigación.
3. El diseño delimita, determinándolo, todo el proceso de búsqueda y captura de la información.

#### **Perspectiva estructural**

1. El diseño atraviesa todo el proceso de investigación.
2. El diseño no es la parte fundamental de la investigación.
3. La investigación es un proceso de encuentro y no de búsqueda. El dispositivo de investigación queda abierto.

<sup>28</sup> Alfonso Ortí, “La apertura y el enfoque cualitativo o estructural: la entrevista abierta semidirectiva y la discusión de grupo”, en *Fernando García Ferrando, Francisco Alvira y Jesús Robáñez (eds.), El análisis de la realidad social*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, p. 175.

### *Discursos, fragmentos y tramas textuales*

La entrevista abierta es una técnica cualitativa de producción e interpretación de la información a través del análisis de los discursos, de manera similar a como opera la técnica de grupos de discusión. Como en la técnica de grupos, la entrevista abierta muestra un especial interés por las construcciones conversacionales como vehículos de cohesión ideológica en la construcción de las identidades. Del mismo modo que las sesiones de grupo asumen una perspectiva estructural, la entrevista abierta opera técnicamente como dispositivo, situándose entre el polo del trabajo y el del placer, entre la naturalidad de los intercambios banales y la artificialidad del laboratorio que plantea los objetivos de toda entrevista de investigación.

Ahora bien, al contrario de la técnica de grupos de discusión, la entrevista cualitativa se centra en el individuo, la operatividad en la estrategia de campo difiere 180 grados y, el análisis final, otro tanto de lo mismo. De principio a fin, la reconstrucción social que opera la entrevista, está mediada por el habla de un sujeto individual. Aquí no vamos a plantear la discusión de si se trata de un sujeto sujetado o de un sujeto hablante que crea sus propios discursos, por ser ésta una polémica aún no resuelta ni siquiera por la propia lingüística. Pero si quisiéramos destacar que los datos que obtengamos finalmente de la conversación en modo alguno serán discursos, pues los discursos son sólo consensuados grupalmente. El grupo no existe, el discurso tampoco, pero preexisten a los sujetos. El sujeto *existe*, sus racionalizaciones ideológicas también, sin embargo, no le pertenecen. Aunque hablamos de la entrevista abierta como una técnica estructural, en la conversación sólo podremos entrever trazos o fragmentos de discursos, no uno dominante, como sucede en todo consenso grupal, sino huellas y rastros de discursos diversos, pues todo individuo es una trama textual llena de multiplicidades. Este aspecto habrá que tomarlo muy en cuenta, especialmente en el análisis. No se trata de una sola palabra, como dijimos al principio. La entrevista se fundamenta en la autenticidad de la voz, por ser ésta producto de las experiencias plurales que desgarran en el movimiento dialéctico a todo sujeto esquizoide. Los mapas que territorializan a todo individuo tienen múltiples lecturas y en ellos las estrategias de fuga, los vericuetos y los páramos escondidos son los más importantes, más que las autopistas de peaje.

### *La mirada desde dentro*

Como mencionamos al principio, la entrevista abierta debe su actual difusión entre las disciplinas sociales al tradicional uso que de ella se ha hecho por parte de la antropología. El trabajo etnográfico es el lugar privilegiado de los estudios cul-

turales, siendo la entrevista herramienta fundamental para el desarrollo de toda estrategia de observación participante.

El investigador que integra la entrevista cualitativa en su trabajo de observación etnográfica utiliza habitualmente esta técnica como recurso para configurar el contexto de observación. En la etnografía, la entrevista es un instrumento de interacción que opera como centro organizador del trabajo etnográfico, facilitando el contacto y conocimiento de los miembros de la comunidad. De hecho, a partir de las entrevistas realizadas, el investigador organiza sus estrategias posteriores a desarrollar en el trabajo de campo. Así pues, la entrevista opera aquí como una técnica auxiliar complementaria en el trabajo de campo de la observación participante.

### Etnografía

1. El observador participante observa directamente la realidad.
2. La investigación requiere un alto costo energético.
3. El observador no siempre puede estar presente en los escenarios.

### Entrevista

1. El entrevistador parte de las mediaciones que verbaliza un sujeto.
2. La entrevista garantiza un importante ahorro energético.
3. La entrevista permite recuperar el pasado de todas aquellas situaciones no observadas directamente.

La entrevista cualitativa se utiliza, por sí misma, en otras ocasiones como única técnica de investigación, especialmente es los estudios de análisis del consumidor, siguiendo la fuerte tradición funcionalista de los estudios motivacionales. Sin embargo, sigue estando fuertemente vinculada con la experiencia del trabajo etnográfico, donde adquiere sentido, legitimación y reconocimiento académico, como herramienta de conocimiento social.

En la práctica, incluso, la entrevista cualitativa comparte con la observación etnográfica la voluntad de establecer dinámicas de *rapport* con los informantes. Existen, sin embargo, ciertas diferencias. Pues, la entrevista abierta se desarrolla fundamentalmente en una situación creada artificialmente, fuera de contexto, por el investigador, mientras que la observación participante mira desde dentro al objeto, pues explota y produce los datos desde los contextos *naturales*.

### *La conversación como arqueología personal*

En la autobiografía sociológica, el investigador trata de aprehender las experiencias destacadas de la vida de una persona y las definiciones que esa persona apli-



ca a tales experiencias. El valioso trabajo que desarrollara la Escuela de Chicago, nos ha legado a los investigadores una lección inolvidable: la memoria es una reconstrucción ritualmente actualizada de nuestro pasado y una invención del presente. Por ello, dar la voz a los sujetos en la recuperación de la vida es comprender las fisuras, velocidades, contradicciones y distancias que han trazado el curso de una historia personal, que es la de todos y a la vez la de ninguno, puesto que se trata de una invención. Si el centro sólo puede ser comprensible para los observadores observados, avistando el horizonte desde la costa de los márgenes de cualquier sistema que se quiera analizar, la historia de vida debe ser una historia anómala, única e irrepetible. Puesto que la razón siempre es contextual (la razón que se dice se pierde).

En este sentido, la entrevista en profundidad se utiliza técnicamente en la metodología de historias de vida como un ejercicio de recopilación de información sobre acontecimientos y experiencias sociales que no se pueden observar directamente. Los entrevistados actúan como los ojos y oídos en el campo social para informar al investigador. Es más, la entrevista es, en el caso de las historias de vida, una reconstrucción que comparte los episodios originales de cada uno de esos momentos en los que se construyó la trayectoria de los sujetos. En la medida en que la biografía construye una de las poéticas fundamentales de la entrevista, estableciendo, entrevistador y entrevistado, redes de relaciones como sujetos privados portadores de una historia personal, la entrevista cualitativa es, además, la herramienta privilegiada para el desarrollo de la microhistoria, la nueva historiografía y/o la historia social. Con el matiz de que, en este caso, la técnica deja de ser un arte de creación textual del investigador, para convertirse en un arte compartido por ambos interlocutores como creación reconstructiva de la memoria.

### *Lo simple es extraordinario*

En la entrevista cualitativa, el investigador puede y debe tratar a las personas y a las situaciones como únicas, con el fin de alterar la técnica de investigación a la luz de la información que encontramos en nuestra interacción y de las retroalimentaciones que exige el proceso mismo de investigación. Consecuente con la posición esbozada por el interaccionismo simbólico, buscamos la información personalmente apreciada por nuestro interlocutor. Aquí, lo micro y lo macro se trenzan en la sorpresa del descubrimiento y de la aproximación mutua entre dos sujetos dispuestos a comprenderse y a comprender el contexto de sus interpretaciones. La entrevista cualitativa trata, por tanto, de producir un texto abierto a la vida, al irritante y destructor zumbido de la vida como un incesante movimiento browniano.

Mediante la entrevista abierta, el sujeto entrevistado se descubre a sí mismo y analiza el mundo social y los detalles de su entorno, reevaluando el espacio

inconsciente de su vida cotidiana. La virtud de la entrevista cualitativa es que abre las puertas de la vida ordinaria al extrañamiento subjetivo de lo propio como ajenamente extraordinario, a la luz imprevisible de una conversación banal. Es decir, lo inconsciente del mundo de vida se pone entre paréntesis siendo cuestionado a nivel de lo verbalmente manifiesto.

La entrevista cualitativa “exige precisamente la libre manifestación por los sujetos entrevistados de sus intereses informativos (recuerdo espontáneo), creencias (expectativas y orientaciones de valor sobre las informaciones recibidas) y deseos (motivaciones conscientes e inconscientes).”<sup>29</sup> Así, los receptores (objetos) de la investigación se convierten en emisores (sujetos). “Surge y se estructura así un proceso informativo recíproco, conformado casi como un diálogo personal y proyectivo, en el que cada frase del discurso adquiere su sentido en su propio contexto concreto, y permite revelar el sistema ideológico subyacente en el sistema de la lógica hablante.”<sup>30</sup> El objetivo más interesante de la entrevista cualitativa es la búsqueda de producción de discursos motivacionales inconscientes, característicos de una personalidad típica. Es por ello que la máxima de la entrevista en profundidad consiste en reconocer como sujeto al entrevistado.

Si la encuesta desagrega al individuo de sus colectivos de referencia (familia, pueblo, barrio, trabajo...), en la entrevista procuramos dejar hablar al sujeto en la reconstrucción de su mirada sobre sí mismo como sujeto hacia los otros y de la mirada de los otros hacia él como actor social, favoreciendo así, de este modo, una expansión narrativa capaz de mostrar intensamente el espesor y la densidad de las vivencias sociales que pueblan su estructura de relaciones.

Sin embargo, la consideración del entrevistado como un sujeto en su diferencia, no significa que la entrevista favorezca relaciones simétricas de interacción verbal. Sólo imaginariamente el entrevistado guía y organiza el devenir de sus actos de habla. El entrevistado en ningún momento conoce las posibles preguntas ni el objetivo final del entrevistador. Ahora bien, por el contrario, como veremos con más detenimiento, el entrevistador no conoce por su parte qué preguntas resultan las adecuadas y qué posibles reacciones son las que puede tener el sujeto investigado ante el contenido de las intervenciones realizadas en su turno. Esto es, el investigador no controla anticipadamente cómo se va a desarrollar la situación de la entrevista. La información obtenida depende de la entrevista en sí, del desarrollo de la interacción verbal y del grado de proximidad personal con el entrevistado. Luego, lo decisivo es el concepto sensibilizador frente al sujeto hablante, como ya indicara Blumer. El éxito de la entrevista no se fundamenta en el diseño de la investigación, sino en la destreza y habilidad del entrevistador. Como veremos en el epígrafe dedicado a la metodología, esta técnica es radicalmente cooperativa,

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 195.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 196.

pues se trata de un interacción interpersonal, no grupal, y en donde los canales son menores, las tensiones afectivas mayores y la presión psicológica más intensa. Estas características especiales han reducido el uso de la entrevista abierta en investigación social a una serie limitada de casos y áreas de estudio; aunque complementariamente, como vimos, ha favorecido a su vez la apertura de nuevas perspectivas en el trabajo metodológico de otras técnicas y disciplinas del conocimiento.

### *Utilidades y aplicaciones en la investigación social*

La entrevista abierta, al estar orientada al sujeto, suele aplicarse cuando interesa conocer los actos ilocutorios más expresivos del mismo, con el objeto de intentar comprender la acción social en la que construye sus sentidos. De hecho, la entrevista individual abierta tiende a resultar muy productiva para el estudio de casos típicos o extremos, en los que la actitud de ciertos individuos encarna, en toda su riqueza, el modelo ideal de una determinada actitud. De manera especial, la entrevista cualitativa permite conocer con mayor exactitud las relaciones del sujeto con los modelos culturales de personalidad, proyectados hacia el grupo de pertenencia o el otro generalizado como super ego. Cuando el objetivo de la investigación es de índole pragmática, es decir, cuando se intenta conocer el modo de actuación de los actores en relación a su sistema de representación social como sujetos inmersos en la praxis social, la entrevista ilustra adecuadamente los puntos de conexión concretos entre comportamiento individual y objeto de investigación. Este sería el caso de las entrevistas en profundidad. En otras ocasiones, cuando la entrevista busca recuperar testimonios de sobrevivientes a determinados acontecimientos (por ejemplo, el recuerdo de la matanza de Tlatelolco), la técnica se orienta en un sentido temático mucho más enfocado.

En general, la utilización pertinente de la entrevista cualitativa en la investigación social se fundamenta en tres principios esenciales:

- a) Los escenarios o las personas no son siempre accesibles en sus contextos naturales a través de la observación participante, por lo que el recurso a la entrevista abierta permite la reconstrucción de acontecimientos del pasado a los que de otro modo no se podría acceder. Así pues, la entrevista ha sido un instrumento privilegiado del análisis sociológico.
- b) La entrevista permite esclarecer las experiencias humanas subjetivas desde el punto de vista de los propios actores sociales. Como sucede, por ejemplo, con las historias de vida, la descripción íntima del pensamiento de una persona puede mostrar en sus múltiples contradicciones el orden déictico de lo social. La experiencia, siempre vicaria, encuentra así, en

la entrevista, narración e interpretación igualmente vicaria, un excelente soporte para la descripción densa de la realidad fenomenológica. Por ejemplo, en las historias de vida podemos conocer íntimamente a las personas, viendo el mundo social en movimiento a través de los ojos y la voz personal de sus principales protagonistas.

- c) La entrevista cualitativa favorece además, como ya señalamos al comparar la técnica de la entrevista con el trabajo etnográfico, un menor esfuerzo de tiempo y recursos que debe aportar el investigador en su acercamiento al objeto de estudio. Con la entrevista se consigue un empleo más eficiente del tiempo limitado del investigador, por lo demás habitualmente exiguo.

La entrevista puede ser utilizada, en consecuencia, de manera productiva, en cuatro campos principales de investigación:

1. La reconstrucción de acciones pasadas, ya sea la construcción de enfoques biográficos (historias de vida), la creación de archivos orales o, más bien, el análisis retrospectivo de una acción o un acontecimiento social.
2. El estudio de las representaciones sociales personalizadas. La entrevista cualitativa en profundidad es especialmente útil en la investigación de los sistemas de normas y valores, la captación de imágenes y representaciones colectivas, el análisis de las creencias individualizadas, el conocimiento de los códigos de expresión, así como las cristalizaciones ideológicas.
3. El análisis de la interacción entre constituciones psicológicas personales y conductas sociales específicas. Por ejemplo, en el estudio de la desviación social. La entrevista interviene aquí para intentar rastrear las huellas de las marcas sociales que clasifican al individuo como sujeto anómalo, dando voz y captando expresivamente la personalidad del sujeto desviado.
4. Por último, es común la utilización de la entrevista en profundidad como técnica complementaria en los estudios cuantitativos, a modo de prospección de los campos semánticos que identifican lingüísticamente a cada uno de los grupos sociales objeto de la investigación. Al operar al nivel de las hablas individuales, la entrevista en profundidad capta con toda la intención el vocabulario y las modalidades expresivas, así como los discursos arquetípicos necesarios para una correcta elaboración del código de preguntas y posibles respuestas que estructuran *a posteriori* el cuestionario.

Ahora bien, la entrevista cualitativa tiene como técnica de investigación una serie de importantes inconvenientes que es necesario tomar en cuenta en la estrategia del trabajo de campo:

1. La entrevista abierta, al igual que la mayoría de las técnicas cualitativas, opera según la lógica omnicomprensiva del investigador omnisciente. Pues, la interpretación final anula la interpretación de lo real concreto producida por cualquier actor social. El investigador contacta y empatiza con el entrevistado, a través del lenguaje ordinario, para buscar una más ajustada captación de la información objeto de estudio. Ahora bien, este lenguaje ordinario, que sustentara el desarrollo de la interacción conversacional, será después diseccionado (cosificado) con el saber poder que dispone la *superior* comprensibilidad del técnico especialista, en cuanto sumo pontífice de la interpretación. Al traducir las respuestas a las preguntas objeto de estudio, el investigador presupone que puede interpretar el lenguaje ordinario en forma tal que pueda obtener información que los sujetos no supieron que proporcionaban, sin tomar en cuenta que el lenguaje ordinario no fue diseñado para proporcionar tales interpretaciones.
2. La entrevista y el grupo de discusión son técnicas que “aunque se abran o apunten a dimensiones bien diferenciadas de la realidad social, constituyen enfoques parciales y vías estrechas –más bien: desfiladeros– para el acceso a esa misma realidad social, y suponen, ante todo, simples construcciones metodológicas en su proceso de análisis, incapaces de abarcar y desentrañar por sí mismos toda la intrincada e insondable densidad real de los procesos sociales.”<sup>31</sup>
3. La realidad que capta está mediatizada subjetivamente por el habla individual del sujeto entrevistado. Los datos que se recopilan consisten básicamente en enunciados verbales discretos, lo cual introduce una notable insuficiencia respecto a la capacidad de descripción de los fenómenos sociales. Esto, que resulta más que evidente cuando se trata del problema de la memoria en la reconstrucción biográfica, incide además de manera determinante en la comprensión de los fenómenos según los patrones lingüísticos no compartidos, bajo ningún concepto, por el entrevistado.
4. Luego, en consecuencia, las entrevistas tienden a producir frecuentemente falsificaciones, engaños, distorsiones exageradas y fugas temáticas en el intercambio verbal que se establece durante la conversación de la entrevista.
5. En la medida que la percepción social del investigador está mediada por la verbalización del entrevistado, no se dan las condiciones para conocer mejor el contexto discursivo global a partir del cual se pueden comprender muchas de las perspectivas del objeto de estudio.
6. El entrevistador probablemente no comprenda el lenguaje de su interlocutor al desconocer el contexto vivencial. O tal vez los entrevistados no

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 173.

sean capaces de expresar muchas cosas importantes que sólo una detenida observación nos puede proporcionar. Como la encuesta de opinión, la entrevista cualitativa parte de la verosimilitud del habla individual.

7. Sin embargo, las personas dicen y hacen cosas diferentes en distintas situaciones. No debe darse por sentado que lo que una persona dice en la entrevista es lo que esa persona cree o dice en otras situaciones. La razón, independientemente de su objetividad o expresión, siempre es contextual. Se trata de una razón situada. El habla que verbaliza el sujeto de la entrevista es una trama discursiva de un ser devenido en un tiempo y un espacio irrepetible: el de la entrevista.

Veamos pues en qué consiste ese momento original de la conversación en la praxis del trabajo de campo.

### **Metodología y praxis de la investigación con la entrevista**

A lo largo de las páginas que anteceden a este punto, se ha insistido especialmente en el carácter conversacional de la entrevista abierta. Esta técnica cualitativa de investigación se fundamenta en la producción de un discurso continuo dotado de una cierta línea argumental, aunque esencialmente fragmentario. Hemos visto como en cierto modo se sitúa entre el arte y la técnica de investigación. Tal ambivalencia implica que:

- a) No existen reglas fijas sobre la forma de realizar la entrevista ni procedimientos protocolarios que modelen a priori la conducta del entrevistador.
- b) La metodología no se puede reducir a una contrastación de hipótesis, siendo inviable el criterio de falsación, ya que toda entrevista es producto directo de un proceso interlocutorio más o menos libre.
- c) Luego, bajo ningún concepto es posible la generalización universalizante tras la elaboración del análisis.

La entrevista cualitativa es un constructo comunicativo y no un simple registro de discursos que hablan al sujeto e interpelan al investigador. La entrevista, como menciona Luis Enrique Alonso, es un proceso de determinación de un texto en un contexto. La metodología responde por tanto al principio constructorista de creación simulada (*ars*).

### *Las estrategias de diseño*

La investigación con entrevista abierta, como sucede en general con los estudios cualitativos, exige un diseño flexible a construir posteriormente en el trabajo de campo. Esta última, es la fase que determina el proceso de producción y captación de información. Antes de llevar a efecto la realización de la entrevista, el investigador debe prever la adopción de una serie de disposiciones que configuren un ambiente físico agradable. Aunque la importancia de estas disposiciones sea ciertamente relativa. En última instancia, la entrevista va a depender de las habilidades exhibidas en el trabajo de campo. Luego, el protocolo de gabinete es una estrategia de configuración del campo cultural que abre el objeto de estudio más que cerrarlo. En esta fase el investigador debe tomar en consideración los elementos que se describen a continuación.

#### SELECCIÓN DEL ENTREVISTADO

*A priori*, el investigador no puede fijar el número de entrevistas necesarias para el desarrollo de la investigación. Si el procedimiento de estudio de la metodología cualitativa se caracteriza más por ser un proceso de encuentro que de búsqueda performativa, el investigador tendrá que determinar, en el proceso mismo de captura de la información, la muestra que abarque su estudio. Obviamente, existen algunos criterios de orientación. Por ejemplo, algunos investigadores siguen el criterio de entrevistar al máximo número de personas relacionadas con el tema objeto de estudio. Otra estrategia habitual es la del muestreo teórico: independientemente del número de casos a estudiar, el criterio que orienta el trabajo de campo es el desarrollo de las comprensiones teóricas que dan consistencia al tema de investigación, analizando exhaustivamente la pluralidad de actores sociales contemplados como universo de población. Por supuesto, este procedimiento presupone un mínimo de exhaustividad en la selección de las personas entrevistadas, según el principio de cobertura máxima de información.

Una vez establecida la estrategia de definición de la muestra, estrategia abierta y dependiente del desempeño en la aplicación de campo, el investigador debe iniciar el proceso de selección del entrevistado.<sup>32</sup> Este proceso de selección ha de organizarse según la técnica de *bola de nieve* por las redes sociales *naturales*. Es a través de amigos, parientes, contactos personales y conocidos como accedemos a capturar los actores objeto de la investigación. Recuérdese que las técnicas cuali-

<sup>32</sup> Téngase en cuenta que la selección del entrevistado no se ajusta a los criterios de la muestra sociodemográfica, según la lógica de proporcionalidad/representatividad estadística. Más bien, debe responder a la naturaleza de la muestra discursiva, como sucede en el proceso de selección muestral que desarrolla la técnica de grupos de discusión.

tativas de análisis operan entre la lógica del trabajo y el principio del placer. Se simula el intercambio libidinal simbólico, aunque en realidad sea una forma de producción de información mediada por el trabajo de análisis. Es por ello que la invitación a los potenciales entrevistados a participar en el estudio debe ser precedida por un contacto realizado a través de los canales naturales donde el sujeto desarrolla su actividad, evitando en lo posible una radical ruptura entre los momentos de vida y la elaboración de los discursos hablados en la conversación de la entrevista.

En la estrategia de diseño, es más que recomendable un especial cuidado en el proceso de captación de los informantes. El entrevistado no debe apreciar la discontinuidad característica de toda experiencia de laboratorio (*laborare*), aunque cosifique finalmente, en la clausura del análisis interpretativo, la originalidad de su habla como sujeto. En esto consiste la trampa de la *doble agenda*. El acceso a los entrevistados a través de las redes sociales que configuran su contexto de acción, garantiza *a priori* una disponibilidad discursiva para la disciplina de la interacción conversacional. El entrevistado mostrará, por otra parte, una voluntad cooperativa de la que normalmente carecería si se le sometiera por azar de la muestra al interrogatorio del cuestionario. Esta es la ventaja de partida que el entrevistador podrá explotar más tarde en la propia situación de entrevista. Luego, en cierta forma, la estrategia de diseño en la entrevista cualitativa es un juego de captación en red. La búsqueda reticular facilitará nuestro acercamiento al entrevistado.

#### APROXIMACIÓN A LOS INFORMANTES

La entrevista cualitativa en profundidad puede desarrollarse en uno o varios encuentros. Por lo general, la investigación de mercados limita la entrevista a un único encuentro interpersonal. Si bien, cuando la entrevista en profundidad es utilizada en investigaciones sobre historias de vida el número de entrevistas suele superar al menos los dos encuentros, sin que se pueda en cierto modo determinar cuántas sesiones serían necesarias. En cualquier caso, el investigador debe caracterizarse por un acercamiento cuidadoso y esmerado en el progresivo acceso a la persona del entrevistado, tal y como enseña la experiencia del trabajo etnográfico. En primer lugar, hay que aproximarse a los entrevistados solicitando la concesión de una cita sin comprometerlos a perder mucho tiempo en el proceso. La primera entrevista será fácilmente factible en un primer momento. La mayor parte de la gente está dispuesta a hablar de sí misma, a ser escuchada y tomada en cuenta por otros sujetos sociales, en este caso el investigador, como parte de un reconocimiento público como individuo. En este primer contacto, normalmente telefónico, es recomendable que el entrevistador resalte al entrevistado la importancia



que otorga a su opinión como persona, así como el interés que muestra por la vida y los relatos que pueda realizar en torno al objeto de investigación.

Si después de una o dos sesiones es necesario continuar con la investigación, como sucede en el caso de las historias de vida, hay que aclararle en detalle al entrevistado las razones de la prolongación del trabajo de campo, con el fin de evitar cualquier malentendido o las probables molestias. El entrevistador debe comprometerse, en concreto, desde el primer contacto con el entrevistado, en los siguientes puntos:

- *Los motivos e intenciones de la investigación.* Como también deben respetarse en la encuesta; el investigador ha de aclarar al entrevistado con toda precisión los objetivos del proyecto, explicándole el destino final de los resultados de la entrevista. Cuál puede ser su posible publicación, quién financia el estudio, si las conclusiones van a ser difundidas públicamente o no, si el estudio es sólo de carácter académico, etcétera. Ahora bien, esto no significa que revelemos el tema central de estudio. El investigador puede informar en términos generales del objetivo de investigación sin truncar, predisponiendo al entrevistado, el sentido temático de la conversación.
- *El anonimato.* Si se cae en el error, poco habitual afortunadamente, de publicar datos del entrevistado que le identifiquen personalmente, el investigador puede incurrir en graves perjuicios que, en ocasiones, incluso pueden derivar en consecuencias legales. Una de las reglas de oro del investigador es garantizar el anonimato del entrevistado con el fin de salvaguardar a la persona de todo peligro de integridad física, del desprestigio personal o la deshonra, o simplemente para cuidar su imagen como individuo. El investigador debe aclarar oportunamente al entrevistado que la información proporcionada será siempre objeto de trato confidencial. Salvo por autorización expresa del entrevistado, los datos finales que den lugar al informe deben aparecer referidos con seudónimos o sobrenombres, cumpliendo siempre el respeto al anonimato en caso de duda.
- *La logística.* A la hora de fijar el horario y lugar de la cita en la que se desarrolle la entrevista, el investigador siempre debe mostrar una disponibilidad absoluta para amoldar su agenda a los tiempos del entrevistado. En el caso de las historias de vida, es recomendable que los encuentros se fijen con una cierta periodicidad, respetando la celebración de sesiones con unos intervalos no mayor a una semana de manera regular, pues más de ese tiempo hace difícil la motivación y continuidad del entrevistado en su involucramiento con la construcción discursiva. En cuanto al horario, como norma, el diseño debe contemplar que la cita se celebre en el tiempo de ocio del entrevistado. Volvemos a insistir en los fundamentos de la lógica

del placer. Un sujeto que dispone de tiempo de trabajo para el desarrollo de la investigación no va a favorecer el conocimiento de su persona como sujeto, pues el habla está mediada por la razón productiva, no libidinal, del *espacio-taller*. Por otra parte, además, es muy probable que la conversación sea interrumpida por los requerimientos propios de sus responsabilidades laborales. Sin olvidar que tal contexto presiona en el habla del entrevistado coartando la libertad de palabra, de manera que sus intervenciones quedan estructuradas en breves y casi monosilábicos turnos de interacción verbal. El *espacio-taller* no es un espacio de libertad que favorezca la relajación del entrevistado. Todo individuo se reconoce idealmente como sujeto únicamente en el tiempo que dispone para sí. El tiempo para los otros, el tiempo que organiza el capital, es tiempo enajenado de la libre disposición del sujeto. Por lo tanto, no es un tiempo propicio para profundizar en las construcciones inconscientes del entrevistado. Por tanto, tiempo y lugar deben ser objeto de una convocatoria *ociosa* para favorecer la conversación *amable*. En este sentido, puede ser pertinente celebrar la sesión en el domicilio del entrevistado, pues además de ser un espacio doméstico de reproducción social, y no de producción, constituye un territorio de dominio del interlocutor que hace más fácil la creación del clima de la entrevista. El contexto espacial y situacional de la conversación exige un ambiente familiar, mínimamente íntimo, que haga sentir cómodo al entrevistado para que esté dispuesto a conversar sin tensiones y de manera relajada. Por ello, el local de reunión debe ser controlable por ambos actores de la comunicación. No conviene que sea muy grande ni muy reducido. La distribución del mobiliario físico, si puede ser diseñado por el entrevistador –cosa poco frecuente–, debe ajustarse a la situación dialógica de ambos interlocutores. Es recomendable que el entrevistador y el entrevistado no tengan ningún obstáculo que limite la observación de los movimientos y actitudes de su interlocutor.

No vamos a detallar aquí pormenorizadamente la configuración de estos espacios ni el tiempo en el que es conveniente celebrar la cita de la entrevista, remitiéndonos para ello a la abundante bibliografía existente que se adjunta al final de este artículo. No obstante, sí cabría apuntar que en ningún caso el espacio debe ser un espacio productivo ni tampoco territorio o dominio particular del investigador.

- *La devolución de la información.* Es práctica frecuente de algunos investigadores ofrecer a los entrevistados la posibilidad de leer y comentar la transcripción de las entrevistas e incluso el borrador de un futuro libro o artículo que se derive del trabajo realizado junto con el protagonista de la información. Este compromiso, habitual en el proceso de investigación con historias de vida, es a elección del investigador en el

caso de la entrevista en profundidad. Por ejemplo, la práctica dominante en los estudios de mercado rara vez considera este aspecto. No sucede así tampoco con las investigaciones de vocación más académica. Nuestra experiencia, a este respecto, es que la devolución del discurso ya ordenado es más que fructífera para el investigador, pues ayuda a confrontar sus intuiciones y análisis, el marco de interpretación, con el discurso –consciente– del entrevistado. Ahora bien, hay que procurar impedir que el entrevistado tenga la última palabra sobre el contenido de las entrevistas. Consultar su valoración de las transcripciones y los principios de análisis que aplicará posteriormente el investigador garantiza una comprensión más ajustada del tema objeto de estudio, aportando al estudioso elementos inicialmente no identificados en la estructura narrativa.

Por último, cabe indicar respecto al primer contacto con el entrevistado que es conveniente evitar cualquier intermediación interesada. La remuneración del entrevistado puede llevar a éste a fabricar idealmente sus discursos al fin de responder a las expectativas del investigador, a quien puede identificar con la fuente donante del estímulo monetario. Toda mediación interesada puede sesgar los discursos. La experiencia de estandarización de los grupos de discusión demuestra que el habla y los discursos pueden ser territorializados tópicamente por la lógica del estereotipo redundante. Si acaso se puede ofrecer un estímulo al entrevistado, es en forma de participación en futuros derechos de autoría o a través de menciones honoríficas. Nunca en forma monetaria.

#### GUÍA DE LA ENTREVISTA

Previo al encuentro con el interlocutor, se debe elaborar una guía de entrevista, como herramienta de trabajo reflexivo para la ordenación de los temas posibles que pueden aparecer en la conversación. La guía de la entrevista no es un protocolo estructurado de preguntas. Se trata más bien de una lista de tópicos temáticos y áreas generales, objeto necesario de interacción verbal que el entrevistador sistematiza con dos cometidos principales: reflexionar sobre el modo de flexión del habla que manifestará el entrevistado y, de paso, organizar los temas sobre los que se harán preguntas en la entrevista. Por lo tanto, la elaboración de esta guía sólo busca apoyar al entrevistador en el recordatorio de los principales asuntos que deben ser cuestionados frente al interlocutor. La guía de la entrevista es especialmente útil para que en el inicio de la conversación el entrevistado se ajuste al plan temático que el investigador espera. Este trabajo forma parte del ejercicio de conocimiento previo que el investigador siempre debe disponer sobre el sujeto al que va a entrevistar. La guía temática dependerá directamente del grado de

conocimiento que el entrevistador tenga acerca de su informante. Por otra parte, en una investigación interdisciplinaria en equipo, la guía asegura que todos los investigadores aborden en sus entrevistas los mismos temas generales, independientemente de la profundidad y el enfoque de los mismos. Por supuesto, el contenido de esta guía puede ser modificado sobre la marcha del proceso de investigación, una vez conocidos los primeros resultados de las entrevistas aplicadas a algunos sujetos. Como recomendación general, es preferible que, aunque la guía se lleve anotada por escrito, el investigador tenga más o menos memorizado su contenido. Pues, la consulta directa durante el transcurso de la interacción verbal puede ir en detrimento de la observación y el reflejo que demanda el entrevistado durante sus turnos de palabra. La atención del entrevistador sobre el hablante debe ser total. De esta manera, la guía de la entrevista debe ser mejor escrita en nuestra memoria que sobre un cuaderno de notas. La guía de la entrevista debe concebirse, por tanto, más bien como un guión interno.

### *Situación y desempeño en el trabajo de campo*

La entrevista es por definición, como hemos visto, un acto de interacción personal entre dos sujetos –entrevistador y entrevistado–, en el cual se efectúa un intercambio de comunicación cruzada, a través de la cual, el entrevistador busca transmitir a su interlocutor interés, confianza, familiaridad, motivación y garantía de identificación para que el entrevistado devuelva, a cambio, información personal en forma de descripción, interpretación y/o afirmación evaluativa.

De la relación que mantengamos con el entrevistado dependerá la cantidad y, sobre todo, la calidad de la información accesible al análisis. El diseño flexible que mencionábamos al principio tiene en la planificación de la situación de entrevista su principal cometido. El diseño de la situación es fundamental para conseguir un marco adecuado, similar al de cualquier conversación banal. La entrevista es ante todo una puesta en escena que simula la naturalidad del diálogo. Esta situación creada por el analista, es además una situación totalmente novedosa para el entrevistado. En este sentido, aunque el escenario suele ser normal, del orden de la vida diaria (casa, cafetería, sala pública, etcétera.), la conversación íntima, sin embargo, introduce una cierta peculiaridad al encuentro, en la medida que el sujeto entrevistado tiene que enfrentarse a una persona extraña que además se encuentra a solas con él.

En este sentido, el control de la situación de la entrevista exige una mirada holística del entrevistador sobre el contexto global en el que se desenvuelve la interacción conversacional. En consecuencia, el manejo de la entrevista implica conocer:

- La situación comunicativa que rige el intercambio dialógico.
- Los usos del lenguaje apropiados para la interacción verbal con el sujeto en cuestión.
- El contexto y la relación con el interlocutor en la situación de la entrevista.
- El juego de ocultamiento y develación intersubjetiva con el entrevistado.
- Los factores generales de índole cognitivo o emocional que están implícitos durante el desarrollo de la conversación.

#### EL CONTRATO COMUNICATIVO

En la entrevista se establece un principio básico de cooperación, sin el cual no es posible el intercambio regulador de palabras. La conversación parte pues de una serie de sobreentendidos que tácitamente favorecen la implicación compartida en la interacción verbal, garantizando el respeto mutuo y los límites fronterizos fuera de los cuales no es factible la adecuación comunicativa. En concreto, la comunicación interpersonal en la entrevista presupone que la persona con la cual hablo conoce, recuerda o puede encontrar para mí lo que yo deseo saber acerca del tema de la entrevista.<sup>33</sup> Por otra parte, la entrevista se sustenta de manera implícita en el uso compartido de un mismo código y canal de frecuencia. Entrevistador y entrevistado necesitan poner en común el sistema de símbolos y el sentido de una comunicación construida intersubjetivamente por necesidad.

El contrato comunicativo consiste en un pacto o compromiso de cooperación, a través del cual se fijan tácitamente las reglas, los procedimientos y el conjunto de condiciones en los que se va a desarrollar la interacción conversacional. La idea preestablecida de relación o el contrato implícito que ambos actores negocian antes, durante y después del primer contacto, plantea a lo largo de la entrevista una serie de interrogantes: “¿cuáles son los indicadores de pertinencia de un tema o de una intervención?(...), ¿cómo se modifican durante un intercambio?, ¿qué procedimientos deben utilizarse para cambiar con legitimidad el curso de la conversación?”<sup>34</sup>

Frente a los enfoques cuantitativos de la entrevista con cuestionario, la entrevista abierta no directiva parte de los enfoques analíticos de la nueva estética de la recepción. Por eso, atribuye una gran importancia a la cultura y a los usos diferenciales del lenguaje, a la competencia comunicativa y a las ideas de pacto o convención como soportes básicos de toda interacción verbal. Gracias al interaccionismo simbólico, entre otros planteamientos teóricos, el estudio de la comu-

<sup>33</sup> Cfr: Howard Schwartz y Jerry Jacobs, *Sociología cualitativa. Método para la reconstrucción de la realidad*, Editorial Trillas, México, 1984, p. 152.

<sup>34</sup> Arfuch, *Op. cit.*, p. 39.

nicación ha renunciado al paradigma informacional en favor de una mirada más atenta a las mediaciones, revalorizando así los aspectos negociados contractualmente en las interacciones conversacionales. En este sentido, el investigador debe estar consciente de las exigencias de ajuste y autocorrección mutua que plantea la retroalimentación comunicativa a nivel interpersonal.

Según Benney y Hughes, “la entrevista es una comprensión entre dos partes en la cual, a cambio de permitir al entrevistador dirigir la comunicación, se asegura al informante que no se encontrará con negaciones, contradicciones, competencia u otro tipo de hostigamiento.”<sup>35</sup> Puesto que todo enunciado o acto ilocutorio en una conversación produce modificaciones previsible en la situación global de la entrevista, generando así nuevas relaciones entre los interlocutores; concierne en especial al entrevistador, aunque no es una variable que pueda ser controlada, el buen manejo de la conversación con sus interlocutores, tomando en todo momento en consideración las distintas posiciones respectivas en la situación de enunciación, con el fin de acentuar el aspecto convencional y dialogado en el que transcurre el intercambio, según unas determinadas pautas y las reglas necesarias de ejecución.

#### COMIENZO DE LA ENTREVISTA

El inicio de la entrevista debe plantearse siguiendo la lógica del embudo, también aplicable a la entrevista con encuesta. En ésta, el investigador debe formular preguntas generales, siendo cuidadoso de no forzar respuestas significativas al principio, ya que si se realizan preguntas directivas iniciándose la conversación, el entrevistado se puede crear la falsa idea de responder directamente según un esquema lineal de interacción (E-R). Hay que procurar, por el contrario, que el entrevistado rompa el hielo y comience a hablar desde el principio, que lleve la voz cantante, hablando de sus perspectivas y experiencias sin ninguna estructura fija de conversación. Al principio es común que el nerviosismo se apodere del entrevistado, por lo tanto el investigador deberá iniciar lentamente la conversación para favorecer así el progresivo esparcimiento narrativo del informante. El investigador debe aprovechar este momento para establecer *rappport* con el entrevistado, familiarizándose con su persona. No está de más el iniciar la entrevista con un cálido apretón de manos y una conversación afable que reduzca todas las tensiones normales provocadas por la situación especial de la entrevista.

Posteriormente, es importante que la primera pregunta que efectúe el entrevistador sea una pregunta abierta que facilite la descripción narrativa del entrevistado. Puede ser, por ejemplo, la solicitud de una descripción sobre determinados

<sup>35</sup> Taylor/Bogdan, *Op. cit.*, p. 131.

acontecimientos o experiencias concretas de su vida, pues una pregunta básicamente descriptiva de este tipo garantiza casi siempre que el entrevistado inicie la conversación sin estructurar sus respuestas. En la primera fase de la interacción verbal conviene que las preguntas no sean directas ni de confrontación. Deben ser preguntas abiertas de carácter informativo y, eso sí, en ningún caso sesgadas.

#### LA GRABADORA

El registro en cinta de la entrevista garantiza la concentración del entrevistador al no tener que tomar constantemente notas, pudiendo así retener lo dicho en la interacción conversacional. El uso de la grabadora permite al entrevistador captar mucha más información que si se recurre a la memoria o al cuaderno de campo. No obstante, existe un peligro habitual en la práctica de los entrevistadores. Al saber que tiene un registro automático de lo hablado en la entrevista, el investigador pierde inconscientemente interés y capacidad de atención sobre lo que dice el informante. La pérdida o desresponsabilización de la memoria del investigador sobre lo acontecido en la entrevista lleva, por otro lado, a una interpretación diferente poco ajustada al habla del sujeto, ya que las mismas palabras o construcciones sintácticas pueden cambiar, en apariencia, durante el transcurso de la entrevista y sobre todo después de un cierto tiempo.

Otro problema importante es que el uso de la grabadora puede hacer sentir incómodo al entrevistado. En ocasiones, la entrevista deberá ser registrada sin mediación tecnológica alguna. Por ello, es muy recomendable que el buen entrevistador ejercite sus potencialidades memorísticas. Como pauta o norma a seguir en el inicio de la entrevista, es conveniente que el entrevistador se relacione lo suficiente con la persona entrevistada antes de proponerle la idea de grabar la conversación. Esta solicitud formaría parte también del contrato comunicativo. Incluso, aunque el entrevistado no se vea influido o muestre intimidación por la grabadora, hay que tratar de eliminar, a la mínima expresión, su presencia. Por esta razón es recomendable utilizar equipos pequeños, ubicando la grabadora al margen del ángulo de visión de los interlocutores. Además, es necesario consumir casetes de larga duración que eviten continuas interrupciones en la sesión.

Por último, un problema para el entrevistador es que la captación de lo que se dice en la entrevista no tenga la suficiente audibilidad por la escasa potencia del micrófono de la grabadora. A tal fin, y con el objetivo de ajustar lo dicho por el entrevistado a lo que finalmente capture el investigador, es imprescindible que el entrevistador transcriba de inmediato la entrevista después de la sesión, para de esa forma poder enriquecer las notas más significativas con el recuerdo indeleble de los aspectos sustantivos expresados por el sujeto de estudio.

Recuérdese además que la entrevista no es textualista. Los aspectos prosódicos, kinésicos y proxémicos también nos interesan de manera especial.

#### EL DESARROLLO

El desenvolvimiento de toda entrevista depende de dos saberes, no disciplinarios ni técnicos, sino más bien competenciales, cuyo aprendizaje sólo se consigue con erudición humanística y práctica experimental. Esos dos saberes que debe manejar el entrevistador son: el arte de preguntar y el arte de escuchar.

- *El arte de preguntar.* El investigador debe saber llevar al sujeto entrevistado a que exprese lo que siente, y no sólo lo que piensa y recuerda. El arte de preguntar es por tanto el arte de verbalizar, sondeando, lo más íntimamente humano. Se trata de pasar del nivel lógico-racional al nivel *subconsciente*, por ser éste el sitio en donde se manifiestan las necesidades emocionales mediante mecanismos que reducen la tensión, olvidando las respuestas en atribuciones de causalidad, así como en una variedad de comportamientos indicadores de ansiedad, entusiasmo, involucramiento, etcétera.

El sondeo sirve a tales efectos como técnica semidirectiva que busca incidir sobre el entrevistado a través de diversos recursos como el silencio, el estímulo o la clarificación retrospectiva. El sondeo facilita la indagación de fondo, del nivel conversacional meramente descriptivo al plano más directamente motivacional. La clave de la mayor o menor profundidad depende en buena medida del conocimiento de cómo sondear o explorar los temas emergentes señalados por el entrevistado. Tenemos que sondear los detalles de las experiencias de las personas y los significados que éstas les atribuyen. Este es el punto en que las entrevistas en profundidad se apartan de la naturalidad propia de las conversaciones cotidianas. El investigador debe pedir constantemente al entrevistado que clarifique y desarrolle lo que ha dicho antes. Debe pedir una y otra vez que el informante reformule lo que dijo, que señale y clarifique los claroscuros y ambigüedades, ejemplificando con algunos casos, o que, en último término, confirme una información significativa.

Por lo que se refiere a las preguntas, es recomendable que el entrevistador efectúe preguntas más bien extensas, nunca preguntas demasiado específicas. Las preguntas, si son hábilmente formuladas en el momento y forma oportunas, pueden orientar hacia sus metas el buen desarrollo de la entrevista. Deben efectuarse de tal forma que más que obligar al entrevistado a elaborar sus respuestas condicionadas generen en él un afán



espontáneo por comunicarse coloquial y libremente. Por lo general, las preguntas han de ser muy claras, con lenguaje común y diríase que hasta coloquial. Sólo se utilizarán preguntas cerradas cuando se busquen clarificar datos o aspectos concretos de lo dicho hasta entonces por el entrevistado. En cualquier caso, las preguntas deberán estar formuladas de acuerdo con el nivel de información y conocimientos del entrevistado. Si el lenguaje, el contenido de la pregunta o el momento de su formulación no están adecuados a las expectativas del informante, el entrevistador puede provocar desconfianza o frustración en el entrevistado.

- *El arte de escuchar.* Por otro lado, el investigador ha de saber auscultar en el sentido del discurso del entrevistado, interpretando, a partir de la semántica, las vivencias, las actitudes, la dirección que toman las reacciones psíquicas e incluso los contextos de narración. “La efectividad en escuchar de un entrevistador consiste en la atención prestada a las palabras que se dicen, a la concentración en la conducta del sujeto, en la percepción clara de lo enfocado y en la asimilación y análisis de lo que se ha percibido”.<sup>36</sup> Del nivel de atención que el entrevistador logre transmitir al hablante dependerá la información que éste le proporcione. Por lo tanto, el entrevistador debe desarrollar sus habilidades de atención y concentración perceptivas, siendo capaz incluso de leer entre líneas. Además de dominar el arte de la pregunta y saber escuchar, el entrevistador debe ser un agudo observador de la conducta humana.

Durante el transcurso de la conversación entre el investigador y el entrevistado, ambos interlocutores tienden a tejer una trama público-privada que favorece el efecto de cercanía necesario para recuperar, en el contexto de la entrevista, la memoria de lo vivido. La entrevista cualitativa genera relaciones auténticas entre ambos hablantes en la medida que da luz verde al juego de presencia y de relación directa cara a cara sin estrategias de ocultamiento (doble agenda) y opacidades. No obstante, el desarrollo de la interacción conversacional dependerá aquí del sentido y las reinterpretaciones que realice sobre el momento el entrevistador, pues toda comunicación interpersonal es un recorrido azaroso entre la incertidumbre y la imprevisibilidad. La inmediatez del contacto personal y la espontaneidad del intercambio cara a cara acentúan, en este sentido, la importancia de la comunicación no verbal sobre el desplazamiento de la mediación racionalizada de la palabra. En la entrevista, necesariamente, hay que tomar en cuenta los elementos afectivos, así como los condicionantes que determinan la expresión de los sentimientos entre ambos. Es por ello que el objetivo durante el transcurso de la

<sup>36</sup> Acevedo/López, *Op. cit.*, p. 84.

entrevista es mantenerse en sintonía con el entrevistado, pese a las interferencias, el ruido comunicativo y la amenazante precariedad de los desajustes existentes de manera constante en toda conversación, más aún si está previamente formalizada por los objetivos de la entrevista de investigación.

Un elemento a tomar en cuenta en el desarrollo de la entrevista es el funcionamiento de los turnos que organiza las interacciones verbales. “Los turnos regulan los cambios de locutor, la duración de la emisión, la distribución de los participantes, continuidad/discontinuidad en el uso de la palabra y, por supuesto, las transgresiones.”<sup>37</sup>

Ahora bien, toda comunicación es un juego de estrategias y movimientos de guerra. La guerra es el principio de toda comunicación. La potencia es una frontera en la medida en que hace inviable el proyecto de la comunicación. En esta lógica entran en juego los resabios de disputa del espacio verbal al otro, la interrupción de la palabra, el intencionado intento de desviar la pregunta, la inquisición agresiva, etcétera.

Por lo general, resulta conveniente favorecer el cambio de voz a partir de la natural conclusión de la respuesta o de la intervención del interlocutor, orientando el rumbo de la entrevista como consentimiento mutuo. Como táctica dominante, el entrevistador debe procurar dejar en suspenso su palabra en el intercambio de turnos para facilitar el obligado protagonismo de la representación en escena por el entrevistado.

#### LAS PAUTAS

Considerando que el investigador es un timón del discurso del otro, y no un censor, la entrevista debe observar una serie de pautas durante el desarrollo de la interacción verbal:

- a) El diseño de la situación y desarrollo de la entrevista debe crear progresivamente un clima adecuado que remplace las condiciones artificiosas en el que se desenvuelve la conversación en una entrevista formal, para que el entrevistado asuma su rol de informante, ayudado por la comodidad y confianza que produce la situación de habla. En otras palabras, el investigador debe crear una situación climática semejante a aquellas en las que las personas hablan naturalmente entre sí sobre su vida. Sólo diseñando adecuadamente la entrevista, conforme a los lineamientos de una interacción natural, el entrevistador podrá profundizar en lo más recóndito de las mentalidades del interlocutor. Ahora bien, esta interacción natural exige

<sup>37</sup> Arfuch, *Op. cit.*, p. 43.

una serie de cualidades específicas al entrevistador, como veremos, para relacionarse con los otros en sus propios términos.

- b) El flujo de información debe ser en gran medida unidireccional, aunque no exclusivamente. A pesar de que sea el entrevistador quien controla el intercambio verbal por medio de las preguntas y los comentarios, es el entrevistado quien tiene que mantener la mayor participación en las interacciones. El entrevistador debe seguir las ideas y el orden de la narración espontánea que construye su interlocutor. Tiene, por tanto, que ser más receptivo que el entrevistado. Las intervenciones que efectúe deben encauzarse a estimular esta posición.
- c) El entrevistador a veces debe contenerse y no expresar sus opiniones, ya que la conversación es privada y confidencial, pero con una persona que desde el principio nos va a considerar extraños. Es decir, hay que abstenerse de emitir juicios negativos sobre el entrevistado, independientemente de las afirmaciones que realice. Suele ocurrir, por ejemplo, que el entrevistador se confunda en la entrevista por tratar de ver intenciones en vez de percibir las conductas del entrevistado. El primer principio que compromete al entrevistador es el respeto a la individualidad del entrevistado. En este sentido, el mejor modo de evitar la apariencia sojuzgadora, que siempre está presente como trasfondo en la investigación, consiste en tratar de aceptar a los actores sociales como son, sin emitir juicios de valor, ni mentalmente. Hay que tomar la iniciativa de tranquilizar al interlocutor en cuanto a que, desde nuestro punto de vista, todo en ella está correcto como persona. Sobre todo después de revelarnos algo perturbador o desacreditante, conviene que el entrevistador dé muestras de simpatía y comprensión tolerante. En la situación y desarrollo de la entrevista, hay que ser especialmente sensibles sobre los efectos de nuestras palabras y expresiones no verbales respecto al entrevistado.
- d) Por lo tanto, el entrevistador debe promover relaciones favorables durante el desarrollo de la entrevista, pues de ello dependerá la recolección de información.
- e) El entrevistador debe procurar no interrumpir el discurso, aunque en ocasiones sea vago e impreciso, o poco informativo.
- f) Una vez que el entrevistado llegue al núcleo temático objeto de la investigación conviene reforzar gestualmente la intensidad de la comunicación, manteniendo suspendido el clima conversacional de revelación íntima.
- g) Como exigencia permanente, debe mantenerse alerta la atención. El entrevistador debe manifestar un sincero interés en lo que el entrevistado cuenta o reflexiona. Una característica del entrevistador es justamente la pasión por la curiosidad y el conocimiento de los otros.

- h) El investigador debe captar durante el desarrollo de la entrevista las posibles deformaciones eventuales, así como los relatos distorsionantes que puede ofrecer el interlocutor. Para tal fin se instrumentan controles cruzados que verifiquen la información, comprobando la coherencia del discurso hablado por el informante. En ocasiones, por ejemplo cuando se utiliza la entrevista cualitativa en el trabajo de historias de vida, el entrevistador puede incluso confrontar directamente al entrevistado con sus contradicciones discursivas.
- i) En cualquier caso, la norma general de debido cumplimiento es el mantenimiento de la motivación del entrevistado durante toda la conversación. La mejor fórmula a tal fin es contemplar el criterio de relacionarse con el sujeto como persona y no como fuente de información. No es prudente, por ejemplo, que mantengamos un total hermetismo evitando manifestar a cualquier precio nuestros propios sentimientos. La percepción de la doble agenda por el entrevistado genera distancias y recelos mutuos en la interacción. Por ello, el entrevistador debe comprometerse con el entrevistado más allá de la relación investigadora, pues la relación emocional o afectiva es condición *sine qua non* que requiere toda comunicación interpersonal. Por eso coincidimos con algunos autores cuando señalan que existe un lugar entre la revelación simpática y el total mutismo en el que el entrevistador debe tratar de mantener el punto medio en la conversación como pauta contextual de la entrevista. De ello dependerá el desarrollo y mayor o menor desempeño competente en el trabajo de campo.

#### EL TIEMPO

Un problema añadido a los ya expuestos es el asunto del tiempo. Para establecerse un contacto cálido con el entrevistado, es necesario una hora y media. Y, algunas veces, varias sesiones. Pero el sujeto de la investigación no dispone como actor social de todo el tiempo del mundo. El tiempo, como indicara Moles, es el único capital de que dispone el hombre, y es un capital no reproducible. Por eso, el investigador deberá disputar, o más bien ganarse la concesión de este capital en la vida del sujeto, siempre en sus horas libres, de libre disposición y no de trabajo. Pues es tiempo libre expropiado en el discurso, cuya calidad será finalmente el objeto de análisis.

El placer que provoca el *voyeurismo* y la pulsión exhibicionista facilitan en gran medida la exposición vivencial del entrevistado a la hora de responder sobre las áreas más íntimas de su vida social como sujeto. Pero hay que tomar en cuenta, a este respecto, el carácter ritual de toda autorrepresentación. Implícitas están, como telón de fondo, las estrategias de proyección e identificación, las señales

y huellas de demarcación, los decorados y la panoplia de argumentos autojustificatorios que despliega el entrevistado en su presentación ante el examen de una mirada extraña tal y como se presentan los sujetos en las redes de relaciones que organizan su vida cotidiana. Al relatar aspectos profundos de su sentido y decir, el entrevistado estiliza, estetiza, la ficción de la entrevista con gestos y expresiones comunes o grandilocuentes para adornar creíblemente lo que ha sido y es como una novela (principio de verosimilitud).

### *Rol y funciones del entrevistador*

Los actores de todo proceso de comunicación interpersonal son el soporte y el principal factor estructurante sobre el que se sustenta la entrevista. Ambos interlocutores, el entrevistador y el entrevistado, ponen en contacto sus marcos de referencia con la intención de solicitar la retroalimentación del otro. Ahora bien, mientras que el entrevistado se constituye desde el principio en sujeto-objeto de la entrevista, el investigador estructura el juego de configuraciones que darán posteriormente pie al análisis. Del entrevistador depende el logro y realización de la entrevista. Cicourel, por ejemplo, distingue la situación de ambos interlocutores por el nivel de conocimiento del contexto antecedente de la conversación. Mientras que el entrevistado conoce la historia de su propia vida así como el medio cultural del cual forma parte, es decir, mientras domina el contexto etnográfico en el cual decide lo que debe y quiere decir al entrevistador, éste en cambio no dispone de dicho contexto para interpretar lo que el entrevistado ha querido expresar con sus intervenciones, no conoce las pautas, el sentido y la estructura de significados que identifican al sujeto como actor social participante de una comunidad interpretativa determinada. Ahora bien, “el investigador es un sujeto con vida social como investigador y como actor social común; él tiene la responsabilidad de pulir su puesta en escena, su presentación, para no violentar la situación de entrevista.”<sup>38</sup> La guía de la entrevista para el entrevistado es una estructuración *a priori* que ordena el devenir de la narración oral y el sentido común. El entrevistador tiene así el conocimiento de las reglas del orden social, de la dramatización conversada, de las normas y valores implícitos en la situación de la entrevista, así como el trasfondo que permanece presente, a nivel simbólico, en el desarrollo de la conversación, aparentemente inocua. Luego, el entrevistador debe formarse para descifrar el manejo de la imagen del entrevistado, distinguiendo entre la conducta manifiesta y la intencionalidad latente.

El entrevistador debe ser consciente que cumple una función reveladora del poder. Aunque consiga romper la norma y llegue a dialogar simétricamente en

<sup>38</sup> Galindo, *Op. cit.*, p. 156.

condiciones de igualdad con el entrevistado, finalmente es él quien ha definido y formulado la situación de la entrevista. Sólo el investigador puede intercambiar funciones como facilitador, amigo, confesor o representante inquisitorial, en la comunicación íntima que se establece con la entrevista. De hecho, esta función presupone una serie de habilidades o competencias comunicativas necesarias que autores como Garfinkel han planteado con todo detalle en la formulación del concepto nuclear que estructura la conversación.

Entre las funciones principales que orientan su trabajo sobre el terreno destaca el saber plantear con claridad las preguntas y el recuperar, en el momento, aquellos temas de interés para la investigación. Es él quien debe hacer avanzar el diálogo, quien debe resumir y glosar con comentarios a modo de resumen lo dicho en cada una de las fases de la entrevista. Es el entrevistador quien tiene el poder del silencio y la interrupción, quien regula el tiempo y puntúa las intervenciones y/o los turnos de palabra del entrevistado.

No obstante, el investigador no controla la mayoría de las variables ni los principales elementos que intervienen en el desarrollo de la técnica de la entrevista. La relación con el entrevistado y la interacción verbal de la entrevista no dependen en exclusiva de él, sino más bien de la voluntad de su interlocutor, que condiciona el lugar de desarrollo en el que se ha de celebrar el encuentro, el momento concreto e incluso el tipo de tono en el que habrá de desenvolverse la conversación. El vestuario, los gestos, los modelos de comportamiento y el lenguaje, entre otras variables, pueden ser controlados por el entrevistador, quien deberá ajustarlos a la realidad del entrevistado. Ya que el entrevistador debe procurar siempre adaptarse al entrevistado, según su perfil, status social, diferencia étnica, edad, género y carácter. La fisonomía, la apariencia personal y el modo de presentarse ante el entrevistado siempre influyen de manera indirecta sobre el desarrollo de las conversaciones. En este sentido, el valor potencial de la entrevista dependerá en buena medida de la capacidad de control que ejerza el entrevistador sobre sus propias actitudes. Pocos investigadores, sin embargo, tienen la habilidad social para establecer interacciones cálidas y comprensivas que favorezcan buenos vínculos en sus redes de relaciones cotidianas.

A modo de recomendación, el investigador es quien debe conseguir la familiaridad suficiente respecto al estilo de vida de los entrevistados, su subcultura, sus costumbres étnicas, así como el conocimiento de algunas categorías sociales, que afectarán sin duda a la deseable armonía que busca el entrevistador en el encuentro. El entrevistador debe orientar también el éxito de la entrevista garantizando una relativa empatía. Empatizar es asumir la personalidad del otro. El investigador debe mostrar al entrevistado una disponibilidad absoluta en la aceptación de su personalidad. El éxito de la entrevista depende en buena medida del tacto y la sensibilidad mostrado por el entrevistador hacia el entrevistado. En su calidad de sujeto en proceso, debe buscar, desde el principio, una relación de cordialidad con su

interlocutor, mostrándose en todo momento cálido y accesible en sus intervenciones. “El entrevistador, en el momento de actuar, tiene que manifestarse, con relación a sí mismo, abstraído, distanciado de todo aquello que pueda significarles contaminar el encuentro con apreciaciones proyectivas, y debe mantenerse involuado en el intercambio para lograr una auténtica reciprocidad y, con ello, obtener datos confiables, exentos de especulaciones innecesarias.”<sup>39</sup> Como pauta de comportamiento, debe asumir el papel que conviene a la situación al momento de la entrevista, de cara, sobre todo, al entrevistado que está frente a nosotros como interlocutor. Por un lado, el entrevistador debe mostrar un amplio dominio de las normas de urbanidad. Como analista, ha de tener perfecto conocimiento sobre las costumbres y usos sociales dominantes en la comunidad, con el fin de poder valorar en sus justos términos la conducta apropiada con el entrevistado. Por otra parte, la naturaleza de la interacción conversacional le exige una profunda capacidad analítica para interpretar adecuadamente, de manera sistemática, las conjeturas que presenta la narración del entrevistado. En este sentido, debe ser un hábil descodificador de discursos, además de poder transmitir eficazmente sus mensajes.

Según Taylor y Bogdan, los entrevistadores deben ser simpáticos, pero no tratar con condescendencia a la otra persona. “Deben saber cuándo indagar, pero mantenerse alejados de las heridas abiertas. Deben ser amistosos, pero no como quien sólo trata de congraciarse.”<sup>40</sup> El entrevistador debe comportarse siempre con la adecuada cortesía, sin caer en la adulación. La introducción a la entrevista requiere necesariamente una gran experiencia humana de su parte. En este sentido, la posición, el rol que ocupa, es la figura característica del interrogador socrático, siguiendo el modelo psicoanalítico en cierto modo. El entrevistador está allí para ayudar a la exteriorización de la memoria y el habla individual. Su función es la de facilitador del sentido común del entrevistado. A tal fin, deberá mostrarse como alguien que no está totalmente seguro de las preguntas que quiere hacer. El entrevistador debe ser un auténtico *idiota*, puesto que apenas tiene que hablar y cuando lo haga, sólo debe hacerlo en función de la previa *autorización* indicada del entrevistado. Luego, la función del técnico de la entrevista es la de un observador inquieto y más bien curioso, siempre dispuesto a aprender de su interlocutor.

### El análisis e informe final

A pesar de las transacciones existentes y de los intentos más o menos vagos de los investigadores, el discurso y la vida son difícilmente reductibles a un mismo patrón significante. La representación final de la vida en el discurso es un ejerci-

<sup>39</sup> Acevedo/López, *Op. cit.*, p. 21.

<sup>40</sup> Taylor/Bogdan, *Op. cit.*, p. 123.

cio asintótico de búsqueda de varias y complejas divergencias y múltiples interpretaciones cruzadas:

Desde ciertas perspectivas la configuración de lo imaginado y de lo representado tiene una fuerte organicidad, y sobre esa organicidad descansa lo que se llama verdad o su poder de mostración; otras perspectivas exhiben, precisamente, el carácter fragmentario de toda presentación discursiva de lo real. Cuando escucho algo, otros sonidos se pierden; el aparato perceptivo parece una máquina de ver, pero es, fundamentalmente, una máquina de no ver.<sup>41</sup>

En la investigación cualitativa, el problema de la verdad no es tan importante, aunque numerosos detractores lo presenten como un tema harto conflictivo. La verdad del relato se reconoce y acepta como una verdad fragmentaria. Por lo que, el análisis de la entrevista debe intentar traducir de manera verosímil lo que los entrevistados expresan y perciben de sí mismos y de su entorno. La objetividad científica de la técnica reside, paradójicamente, en la puesta en escena y en el encuentro radical de subjetividades. El análisis se sustenta por tanto en la interpretación y la reinterpretación de lo que dice el entrevistado, del modo en que lo dice, así como lo que nos dice en sus interacciones kinésicas y sus expresiones de comunicación no verbal.

La condición de autorreferencia y la mediación de la puesta en escena del yo determinan los límites de la entrevista abierta para conocer el sentido real de las prácticas sociales. Lo cual, nos interesa sobremanera en el análisis. No tanto el relato de acontecimientos ni la articulación temporal de recuerdos, sino el significado social atribuido al relato de vida del entrevistado.

Como en el grupo de discusión, el problema del análisis del discurso nos sitúa ante el dilema de la fundamentación del habla. No sabemos si el entrevistado habla de lo social, o lo social hace hablar, a través del discurso, al entrevistado como un sujeto/sujetado. Esto es, ¿el producto final de lo registrado en la entrevista es construcción personal o la entrevista construye, por el contrario, al informante?

Sabemos que los discursos, junto con los hechos que producen los actores sociales con su accionar, configuran por igual la realidad fenoménica. Ambos –lenguaje y acción–, se reclaman mutuamente la comprensión totalizante de lo real concreto. Aunque pertenecen a esferas o dimensiones de la realidad social bastante diferentes, llegando incluso en ocasiones a diverger tanto en la producción de la vida cotidiana como en su desconstrucción y en el análisis explicativo. Los discursos, como los hechos, son articulaciones complejas de estructuración lingüística que, en última instancia, dependen de la materialidad de los procesos de acción social que promueven los sujetos. Por eso, en la entrevista no sólo hay que comprender la cultura simbólica del entrevistado sino también, y sobre todo, el contex-

<sup>41</sup> Arfuch, *Op. cit.*, p. 12.



to social de referencia. El análisis no debe ser sólo lingüístico, no debe reducirse a las estructuras y correlaciones del lenguaje que manifiesta el sujeto en el texto de la entrevista. Además, el investigador debe incluir una perspectiva psicoanalítica, que reduzca el sentido del discurso a una sobredeterminación del deseo, y una perspectiva sociológica que ubique los roles y sobredeterminaciones estructurales como configuración de la megamáquina del capital.

Por todos los medios hay que procurar evitar caer en una especie de pansemiologismo, que reduzca los procesos sociales a la única matriz estructurante del código lingüístico. Por ello, el análisis debe poner en relación el discurso ideológico con la dialéctica social, el texto con el con-texto. La principal virtud de la entrevista cualitativa no está ni en la oralidad ni en la escritura, sino en ambas. Es su carácter auténtico revelador de una voz, lo que exige superar los límites del análisis textualista en favor de la materialidad corpórea de la palabra. El objetivo último del recurso de la entrevista en la investigación social es dar cuenta de los procesos sociales (con-texto) a través del análisis de casos arquetípicos o ejemplificadores desde lo real concreto como totalidad. Conviene por tanto tomar en consideración las siguientes recomendaciones:

1. La simplicidad o transparencia inmaculada de los discursos no es tal, sino más bien producto de la percepción aparente del nivel de lo manifiesto. En el análisis, el investigador debe repetir el proceso de interpretación de la entrevista entre el plano de la representación y la expresión.
2. Hay que tomar en cuenta que el texto en el que se inscriben los discursos del entrevistado y que será objeto del análisis del investigador, es producto de una situación extraordinaria, generada por la mediación especial de una situación de entrevista que condiciona la comunicación interpersonal del entrevistado según los fines propios del proceso de investigación. La entrevista es una experiencia vicaria. No sólo porque el entrevistador porta consigo una historia de valores y motivaciones particulares que estructuran ideológicamente la forma de modular la interacción, sino también porque la entrevista es una situación única, sometida a la imprevisibilidad de las especiales circunstancias en que se desarrolla la interacción conversacional. La inexactitud de la entrevista como forma de comunicación interpersonal ambigua e incompleta define por tanto a esta técnica como una experiencia fundamentalmente volitiva.
3. La nueva lingüística y la moderna teoría estética de la recepción destacan el carácter polifónico del lenguaje. Las cargas polisémicas del lenguaje y las ambivalencias semánticas estructuran un campo textual harto complejo para el análisis. El investigador, en consecuencia con estos principios teóricos, debe prestar atención a las diferentes voces que atraviesan y traman pluralmente el discurso del entrevistado. En el análisis hay que ver

el significado y cómo se concatenan, según una lógica intertextual del juego y el placer materialista de la banalidad, cada una de las voces que hablan al sujeto a través de enunciados propios. La heterogeneidad discursiva recomienda la consideración de los diálogos e intercambios simbólico-discursivos que capte los trazos, las huellas y materiales de otros textos compartidos por el entrevistado, en la apropiación lingüística que efectúa a través de sus redes sociales.

4. El interés del investigador no ha de centrarse en el plano de la verdad sino en el de las verosimilitudes. Si el entrevistado define de manera distorsionada, por medio de una lectura aberrante, la representación de sí mismo y del conjunto social, esto es lo que particularmente nos interesa. Son los enunciados que suelen expresar la autenticidad de la voz los que constituyen el objeto principal de la interpretación del analista. Las creencias, los dichos populares, las fórmulas estereotipadas del sentido común o los prejuicios y opiniones personales constituyen el material esencial del trabajo analítico.
5. Una técnica muy útil para ello consiste en relacionar, por asociación, los hechos y los argumentos o razones que defiende el entrevistado, para así profundizar mejor en las percepciones de lo social que estructura su comportamiento como sujeto.
6. Otro procedimiento muy usual, es el análisis semántico que busca establecer cadenas asociativas de significantes y campos semánticos en el proceso de construcción del sentido que, en toda su intensidad, ha manifestado el interlocutor durante la entrevista.

Cuando se ha captado en su totalidad el carácter fragmentario del recuerdo construido, puntuando las fallas y lagunas de la memoria, la multiplicidad de usos lingüísticos y la heterogeneidad de voces discursivas, el investigador debe proceder a reconstruir, globalmente, una narración representativa que dé cuenta verazmente de la vida y milagros del sujeto entrevistado. Como la entrevista no produce un único discurso grupal, puesto que el habla del individuo está atravesado en toda su extensión e intensidad por retazos de otros textos y discursos sociales que le preexisten, conviene para tal reconstrucción utilizar previamente el procedimiento analítico de la conversación. El análisis conversacional garantiza al investigador ir más allá del enfoque lingüístico semiotizante. El objeto preferencial de estudio será por lo tanto la creatividad relativamente indeterminada del habla. La teoría cibernética de la conversación nos dice que los sistemas de retroalimentación verbal siempre están abiertos al contexto. La gente utiliza el contexto social en acto para producir e interpretar lo que está diciendo y cómo está siendo percibido su mensaje por el interlocutor. Por lo que hay que tomar en cuenta en el análisis de la entrevista ese aquí y ahora que representa la situación única de la entrevista.

Schwartz y Jacobs<sup>42</sup> destacan, básicamente, tres modos de análisis de la conversación:

1. *La excavación o transcripción anotada.* Consiste en un análisis extenso y detallado de una sola pieza de datos, a partir de la cual es posible centrarse en un tema relevante de análisis. A partir de la intuición y la experiencia, el investigador puede ser capaz de descubrir aspectos no significativos, a simple vista, en la conversación. Para ello, tenemos varias posibilidades a partir de los hechos registrados a nivel de lo manifiesto. Cada una de estas posibilidades debe ser objeto de análisis, esto por sucesivas excavaciones que describan en detalle las alternativas temáticas de interpretación hasta que lleguemos al análisis global definitivo por eliminación consecutiva de representaciones alternas. Obviamente, en este modo de análisis, lo interesante es su metodología indiciaria. El analista parte de las señales y las huellas que arrastra el texto de la entrevista para llegar a los puntos sustanciales que subyacen en el fondo de la conversación que ha sustentado la entrevista.
2. *El análisis de la conversación del tipo de buscar y actuar.* Este procedimiento analítico no resulta tan útil para la entrevista, resultando más bien apropiado para el trabajo etnográfico. Pues el investigador sale en busca de diferentes piezas de datos que inician sucesivos análisis especializados para luego integrarlos en teorías a partir del problema de investigación.
3. *La inducción analítica-conversacional.* Es el modo de análisis más práctico para un buen trabajo analítico previo a la interpretación. Aquí, el investigador debe abstraer las generalizaciones más significativas extraídas a partir de los sentimientos, los valores, las actitudes y los temas presentes en el texto. No tiene un protocolo reglado de uso, pero, como en todo análisis cualitativo, las reglas deben descartarse para abrir paso a la genialidad y la pulsión artística de la imaginación que reclama la inteligencia creadora del investigador.

En general, el procedimiento de análisis de interpretación de la entrevista parte de una estructuración punteada del texto, transcrito íntegramente con el fin, primero, de captar el significado de lo manifiesto. En estas primeras lecturas, el analista señala los conceptos principales que concentran el valor sustantivo del tema de investigación, identificando de una vez los elementos nucleares del relato. Estos conceptos, que densifican el sentido total de lo narrado por el interlocutor, son los que prefiguran el campo de categorías que construye el investigador. El analista debe ser un hábil estilista del lenguaje con el fin de seleccionar las

<sup>42</sup> Schwartz/Jacobs, *Op. cit.*, pp. 426–442.

palabras más adecuadas que codifiquen, en su extensión e intensidad, las densidades complejas que intentan expresar una experiencia, una opinión o, simplemente, un pensamiento.

Una vez identificado el conjunto de categorías que ha de inventar el propio investigador, conviene ordenar, en una red de relaciones o mapa conceptual, los tipos de conexión, importancia u oposición que mantienen cada una de ellas respecto a las otras. El analista puede extraer una serie limitada de metacategorías que ayuden a diagramar mejor el mapa conceptual. La diagramación exhaustiva de los conceptos categorizados en una red de relaciones que jerarquiza, opone y ordena el sentido de la narración en la entrevista, ofrecerá al investigador una visión globalizadora del constructor individual. Este diagrama será justamente el modelo interpretativo que guíe al analista en la redacción del informe. El resultado final de la investigación será una narración sobre la narración del entrevistado, o lo que es lo mismo, el informe final consiste en una reinterpretación (interpretación de la interpretación del entrevistado) arriesgada del investigador sobre la verbalización literal del sujeto analizado. De ahí que el producto de la entrevista en profundidad sea un relato dialogado con lo dicho por el informante. Poco se ha escrito en este sentido sobre las voces sobredeterminadas del investigador. Quizás fuera interesante una poética del saber/poder como valencia legitimadora del analista. La redacción del informe no significa sino la nulidad de la apertura al diálogo durante el trabajo de campo. La clausura analítica anticipa así el orden del decir normativo del entrevistado. Por ello, el estilo de redacción es un ejercicio contradictorio de las múltiples voces deseantes de un sujeto que ha conocido la multiplicidad dialéctica del vivir como una fuga satisfactoria del placer del habla, para cosificar en un producto su experiencia de conocimiento. El ideal sería por tanto un conocimiento mayéutico, incommunicable, ajeno a la sobredeterminación del código, incluso del cuerpo. Pues, en el fondo, los modos de codificación y descodificación terminan por desterritorializar la comprensión de todo sentido en las intensidades brownianas de distintas líneas de escape. Como señalan Deleuze y Guattari, la oposición abstracta de lo múltiple y lo uno nunca podrá escapar a la lógica implacable de la dialéctica.

El gran arte de las multiplicidades y el movimiento molecular es el arte del inconsciente. Pero, éste nunca podrá ser captado por la entrevista ni por técnica de investigación alguna. Cuando pretendamos haberla aprehendido en la instancia despótica del significante a través del análisis, el objeto estará ya para siempre perdido, pues es uno y lo otro en diáspora eterna hacia un imposible: la totalidad perdida.

### Televisión y razón ilustrada. Estudio de caso de los *reality shows*

El envés del máximo caos es el orden, del mismo modo que la segunda ley de la termodinámica necesita de la lógica de la neguentropía para conservar la coherencia y el subsistir de la vida social. Un sistema que, como indica Ibáñez, necesariamente debe ser inconsciente a la reflexión total de la investigación y el conocimiento. Así, la norma socialmente dominante se reinstaura sobre la represión y rechazo de la conducta desviada, toda vez que vuelve a ella, para expiar su sentido, la pena que lo aqueja.

En la cultura de masas –la cultura burguesa, queremos decir–, la vuelta al ideal bienhechor de lo juicioso y lo deseable –que no deseado– se asienta y fortalece sobre la paradójica negación afirmativa del pecado original, el *homo homini lupus* iusnaturalista de una pulsión animal reconocida y a la vez olvidada por mor de un cierto prurito de cultura civilizada. En concreto, el subgénero de los *reality shows* representa la historia de vida del buen samaritano burgués, el movimiento de eterno retorno al código cultural instituido, a la norma simbólica aceptada, previo paso por el purgatorio tras su quiebra.

Presentación, nudo y desenlace de un círculo perfecto en el núcleo mismo del sistema social, los programas de *reality shows* nos representa, en forma de movimiento pendular, el regocijante espectáculo de las mitologías paradójicas en la derrota del *homo normalis*. Como nos enseña Foucault, la virtud pública en el orden burgués es sintomático de la voluntad normalizadora del nuevo Estado a través de sus métodos científicos de vigilar y castigar la tendencia del sujeto a los *vicios privados*. El modelo panóptico de la cárcel, el hospital y la escuela están siempre dispuestos a la vista pública para enseñanza e ilustración de la mirada, ya sea la del policía, el médico o el educador. Pues lo público, la pura abstracción –que en la etapa más desarrollada del capitalismo alcanza, como dice Marx, niveles extremos en su absoluta independencia de la realidad–, actúa de auténtico censor racionalista. La expiación de la culpa del pasado, la reforma de la conducta pecaminosa sólo se logra congraciándose con el padre, aceptando sumisamente el orden de cosas existentes y el compromiso fiel con la norma bajo promesa de actuar con buena fe en el futuro.

El reconocimiento de errores pasados desnudando el *alma* ante el auditorio merece el perdón del padre, porque el sujeto *comparece* en público completamente rendido y desarmado. La confesión psicoanalítica, religiosa y social, representa una garantía de sometimiento y rechazo del pecado o la conducta desviada, así como un compromiso con la norma dominante en la *picota* de la plaza pública a través de la pantalla. La imagen de la derrota del sujeto, desmontado en sus sentimientos e intimidad reificada de la vida privada, provoca risa y en verdad un auténtico miedo a la ruptura de la normalidad confortable. La mirada opulenta, al comparcerse de las miserias y el mal ajeno, busca siempre su reconocimiento para

restaurar, a través de la platea, el orden lógico de su vida cotidiana. El equilibrio cultural de una sociedad mágicamente reificada por el consumo cosificante, necesita permanentemente la imagen distorsionada de su norma con el fin de alumbrar nuevas leyes.

El equipo de investigadores que nos lanzamos al estudio de este proceso regulador de la nueva cultura de los *reality shows*, coincidíamos en destacar la importancia de un género televisivo como éste con poco tiempo de permanencia en la oferta audiovisual de las principales cadenas españolas, en el marco general de transición de la sociedad española del europeísmo encantado de un bienestar modernizador al alcance de la mano (liberalización económica de los 80), a la *disneylandia* decadente de un imaginario resignado a la *muerte a carcajadas* (Carlos Fuentes). El interés de este estudio, coordinado por el profesor Ángel de Lucas<sup>43</sup>, era conocer la visión de los públicos españoles acerca de este género, procedente de Estados Unidos, para comprender la función cultural y el sentido que adquiriría este tipo de programas tal y como eran percibidos por las mentalidades de una población, que en estas fechas (1993-1994) experimentaba un proceso de reacomodo al contexto real de la dura crisis económica en la que se acabaron los sueños de oro de una cultura de la abundancia.

Para la consecución del estudio se diseñaron inicialmente cuatro grupos de discusión, mediante la identificación de tres tipos de públicos. Un grupo de muestra para señoras con una edad comprendida entre los 45 y los 65 años, amas de casa y nivel socioeconómico bajo (clase obrera), supuestamente representantes del perfil dominante en los *ratings* de audiencia de este tipo de programas. Otro grupo mixto de jóvenes con edades comprendidas entre los 30 y 45 años, preferentemente de nivel socioeconómico medio, profesionales activos y, en cierta medida, así se pensó en el diseño, portadores de un discurso abanderado en contra de los programas *reality shows*. También se buscó un tercer grupo de estudiantes universitarios con edades entre los 18 y 25 años, con participación mixta hombres/mujeres (en el estudio no se consideró la variable género como determinante aunque posteriormente en la transcripción de los grupos se descubrieron aspectos interesantes que pudieron dar pie a nuevas observaciones). Y, por último, un tercer grupo mixto de ejecutivos medios, con alto nivel socioeconómico, y edades

<sup>43</sup> Aprovecho la ocasión para difundir por primera vez algunos avances de este estudio, cabe agradecer al profesor Ángel de Lucas su sabia orientación y estímulo como asesor tutorial de este proyecto de investigación a lo largo del trabajo realizado para el posgrado "Praxis de la sociología del consumo. Teoría y técnica de la investigación de mercados" (Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, Universidad Complutense de Madrid). Los créditos del trabajo inicial deben ser adjudicados con todo merecimiento a mis compañeros Natalia (socióloga) y Roberto Seco (economista), que desde el primer momento compartieron con el autor del artículo su experiencia y tenacidad en el trabajo de campo para la realización final del proyecto. Compartir con ellos, casi un año, la aventura compleja e imprevisible de la investigación, fue todo un hallazgo. Y, lo más importante, también un aprendizaje.

comprendidas entre los 30 y 50 años, habitualmente poco o nada conocedores de este tipo de programas, por su bajo consumo de televisión en su tiempo de ocio.

Básicamente, toda la investigación habría de centrarse en lo que encontráramos durante la etapa de trabajo de campo. La ausencia de investigaciones sobre este nuevo género de programas, así como la carencia de estudios históricos que contextualizarán el marco de referencia a la hora de abordar el estudio, obligó al equipo de investigación a centrar casi todo el trabajo en la fase de producción de datos por los informantes, a modo, prácticamente, de estudio exploratorio. De ahí, quizás también la motivación inicial y el interés que nos animó a investigar este campo emergente de la comunicación televisiva en España. La realización del análisis del primer y segundo grupo pudo efectuarse sin ningún problema, descubriendo en él dos tipos elementales del discurso: el de la televisión educativa, que calificamos como discurso de la fracción cultural (FC), constituida en portavoz del discurso socialmente mejor reconocido, y el discurso soterrado del placer, identificado por la autocensura consciente que ejerce el discurso social sobre el contenido de este tipo de programas, muy criticados negativamente por las élites sociales defensoras de una cultura ilustrada, racionalista e informacional. Resultó curioso observar cómo el público real de los *reality shows*, me refiero a las amas de casa, ocultaban su interés por este tipo de programas falseando la autenticidad de sus argumentos con continuas justificaciones. Aún manifestando una fuerte conciencia de clase y un perfecto conocimiento del lugar que ocupan culturalmente en la estructura social, las participantes en el grupo *amas de casa* autocensuraron en todo momento sus verdaderas preferencias a fin de defender su *status* social de toda crítica o posible burla derivada de la presión social que ejerce el discurso dominante de las élites. Igualmente, fue contradictorio el grupo de los profesionales o cuadros medios que, aunque poseedores de un superior capital cultural, ocupan posiciones socioeconómicas cercanas a la clase trabajadora. Si bien todos rechazaron ver la televisión con frecuencia, finalmente la mayoría de una u otra manera (*porque lo ven los chicos.... suelo hacer zapping.... no hay otra cosa en la TV a esas horas...*) veía, o alguna vez observó, programas *reality shows*. Sin embargo, no podían por menos expresar sus sentimientos de rubor, vergüenza, cierto pudor o incluso risa. Aunque, estas manifestaciones, más que rechazo dejaron ver la contradicción de un grupo culturista, pero sin embargo consumidor ocasional de programas considerados de baja calidad. Aunque es un discurso racionalizado, la risa expresó en todo momento el sentimiento de culpa arriba mencionado. Por lo que se refiere al grupo de estudiantes universitarios, dominó el discurso disidente, de crítica global a la televisión como medio. Tanto este grupo como el de los jóvenes profesionales coincidieron en identificarse como consumidores de televisión para una *inmensa minoría*, tal y como se define el canal público de televisión cultural (*La 2*). Ambos coincidieron, también, en asignar una función integradora a este tipo de programas como terapia para la so-

dad y las carencias normales en la vida cotidiana –*de su mierda de vida*– de los sectores socialmente peor valorados por la sociedad.

Sin embargo, para completar la investigación faltaba capturar las percepciones de la clase dominante, propietaria de un capital cultural elevado, pero también, a diferencia de los cuadros medios, poseedora de un gran capital económico. Quizás la falta de experiencia y la poca reflexión del grupo en el diseño inicial del proyecto obvió las características sociales de este tipo de actores sociales. La posición socialmente dominante de este último grupo identificado, hizo inviable la auscultación mediante la técnica de grupos de discusión. En primer lugar, por ser éste un grupo no accesible a la mirada del investigador. Y, por otra parte, su análisis fue inviable, por constituir un grupo no dispuesto a reconocerse bajo ningún concepto como tal, pues prima una fuerte afirmación del *yo* como dominio.

En tales condiciones, la investigación sólo se podía concluir manejando en el trabajo de campo la entrevista enfocada. Ello favorecería, por un lado, el acceso a un sujeto modelo que hablara sobre el tema de investigación. Y, por otra parte, reforzaría justamente el aspecto no contemplado inicialmente en el diseño del proyecto: el carácter dominante de esta clase portadora de los valores racionales del orden y la ley. Saber qué opinión merece al sector dominante de la sociedad tales programas podía clarificar algunas de las contradicciones descubiertas en las trayectorias de encuentro con los diferentes sectores de la población investigados.

Luego, la entrevista operó aquí como técnica auxiliar no exploratoria de la técnica de grupos de discusión, jugando un papel central en la elaboración de las informaciones objeto de análisis. De hecho, la entrevista suele ser muy útil cuando se realizan investigaciones cualitativas con grupos de discusión, pues complementa la parte de análisis para aquellos individuos poco representativos de la sociedad, con los que no conviene realizar sesión de grupo, como es el caso. Otra posibilidad, ya apuntada, vendría a ser el uso auxiliar exploratorio de la técnica de la entrevista para un mejor conocimiento de las formas de expresión arquetípicas de los grupos sociales, objeto potencial de la aplicación de encuesta.

En nuestro estudio, pudimos comprobar que el acceso a determinados sujetos sólo es factible por mediación de la entrevista. Los modelos extremos de la pirámide social tienen un sentido de la individualidad muy marcado. No interactúan en grupo, y sus discursos tienen una fuerte consistencia personal. La persona entrevistada para el estudio de los *reality shows* estableció desde un principio su dominio absoluto de la situación. Hasta el punto que incluso él mismo determinó la cita y la conclusión de la sesión. Suele suceder, como apuntan Martín Santos e Ibáñez, que los sectores dominantes de la sociedad sean reacios a ser *encuestados*, dada su posición privilegiada como observadores del orden panóptico en que se organiza lo social. Acceder a un cuestionamiento como *investigadores* suele ser harto complejo, casi tarea imposible. Los miembros del equipo de investigación fuimos conscientes, en la evaluación final, de lo anómalo de la situación a que había



dado lugar la entrevista. No sólo el sujeto entrevistado fijó de principio a fin el desarrollo de la sesión, sino que además controló, con todas las herramientas, la interacción conversacional, invirtiendo prácticamente los roles habituales de la entrevista. El manejo de la comunicación no verbal, de la psicología humana, del habla y su intencionalidad fue en todos los sentidos muy superior a las destrezas competenciales de la entrevistadora. Es algo común en un gran empresario formarse en las técnicas kinésicas y de la proxemia para el buen éxito y la obtención de los logros deseados en las negociaciones. Por lo tanto, en todo momento el sujeto supo construir, a lo largo de la entrevista, un potente habla narrativa, que desbordó ampliamente toda posibilidad de acceso profundo a su personalidad. Resultando la conversación tiempo de trabajo en la construcción del relato, dada su nula naturalidad, ante un experto entrevistador que en todo momento sabe manejar hábilmente la lógica de la doble agenda.

La transcripción y el análisis de la entrevista confirmó, no obstante, algunas intuiciones previas obtenidas en la interpretación de los cuatro grupos aplicados, pudiendo llegar a la conclusión sobre cómo el dominio de un tipo de racionalidad instrumental dominante, hegemónica socialmente, marginaba toda calidez de la racionalidad subjetiva al ámbito privado de los espacios de reproducción social. El espacio público debía ser un espacio para la producción. El *voyeurismo* está prohibido, pues la mirada sólo es función privilegiada de los observadores situados en la pirámide social. El consumo hedonista de una educación sentimental, como la ofrecida por los *reality shows*, quiebra así la norma del orden y la ley, al reforzar la subjetividad sujeta en el ámbito público de la producción. La racionalidad instrumental acaba cediendo terreno ante la compulsión de las racionalidades subjetivas. Por ello, el dominio de la fracción cultural es recuerdo de la marca que nos une a la megamáquina del capital como simulación. Concluimos, por tanto y citando a Negri, que: “desde el punto de vista de los procesos de subjetivización, la alternativa se resuelve con celeridad: para vivir debemos comunicar, para comunicar debemos liberarnos del control de la comunicación. El tema revolucionario, que es el mismo que el de los procesos de subjetivización, es la toma de posesión de la comunicación como ámbito creativo de la multitud de las singularidades: es, por consiguiente, la afirmación ontológica de la comunicación liberada. La comunicación se convierte en horizonte humano en la que es el contexto de un proceso de liberación”.<sup>44</sup> El mundo, afortunadamente, se ha convertido en un caos.

<sup>44</sup> Antonio Negri, *Meditando sobre la vida: autorreflexión entre dos guerras*, Anthropos, número 144, Barcelona, 1993, p. 19.

### BIBLIOGRAFÍA COMENTADA

- ACEVEDO, Alejandro y Alba Florencia López, *El proceso de la entrevista. Conceptos y modelos*, Editorial Limusa, México, 1988. Iniciamos con un libro básico que puede utilizarse como manual, aunque su contenido está orientado a profesionales especialistas en entrevista laboral. Dentro de la bibliografía producida en México, el texto de Acevedo y López constituye un trabajo completo y didáctico de introducción a la técnica de la entrevista, muestra toda una serie de fórmulas sencillas de aplicar y de gran utilidad, sin duda alguna, para el lector no iniciado en el campo. Además de ofrecer un completo recetario de normas a seguir por los técnicos responsables de la entrevista, desarrolla una sistemática exposición sobre los elementos psicológicos a considerar en toda entrevista. Muy valiosos nos parecen los capítulos dedicados a la situación de la entrevista y a la unidad temática centrada en las competencias y habilidades comunicativas del entrevistador.
- ALONSO, Luis Enrique, "Sujeto y discurso. El lugar de la entrevista abierta en las prácticas de la sociología cualitativa", en Juan Manuel Delgado y Juan Gutiérrez (coords.), *Métodos y técnicas cualitativas de investigación en ciencias sociales*, Editorial Síntesis, Madrid, 1994, pp. 225-240. El artículo del profesor Luis Enrique Alonso, convenientemente citado en nuestro trabajo, como habrá comprobado el lector, merece ser objeto de consulta, por tener la virtud de haber sabido sintetizar en detalle los principales problemas y el sentido metodológico de la técnica de entrevista abierta en el trabajo de campo de la investigación social cualitativa. Perteneciente al grupo de investigadores de la Escuela Cualitativa de Madrid, Enrique Alonso muestra en su artículo los polos opuestos a considerar en el análisis de los discursos individuales a través de la entrevista cualitativa. Asimismo, no sólo delimita los campos básicos de aplicación de esta técnica, sino que además sitúa algunas fuentes teóricas de necesaria referencia para un estudio más detallado de la entrevista en profundidad. Su perspectiva críticamente fenomenológica define a la entrevista abierta como una representación de escenarios entre ambos interlocutores. Es por ello que identifica el papel del analista como un reconstructor del sentido ausente en el texto. La entrevista se concibe así, sobre todo, como una forma de conocimiento convivencial.
- AUSTIN, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1971. La obra de Austin es una de las piedras angulares en el estudio de los actos de habla, junto con las aportaciones de conversacionistas como Harvey Sacks. La fundamentación de la entrevista cualitativa en la dialéctica del habla que estructura el diálogo de toda conversación, necesita una sólida reflexión en torno a la filosofía del lenguaje por parte de los investigadores. Esta obra, junto con el trabajo de J. Scarle, *Actos de habla*, es un enfoque posmoderno de interesantes derivaciones para un análisis conversacional de las relaciones sociales.
- BINGHAM, W. V. y B. V. Moore, *Cómo entrevistar*, Rialp, Madrid, 1973. Con este texto, además del libro de Charles Nahoum, el lector puede adquirir un conocimiento general sobre la entrevista clínica y los principios básicos de la entrevista psicológica, que son utilizados por el investigador en el encuentro con el entrevistado para la realización de los estudios sociales.
- BLANCHET, A. et al, *Técnicas de investigación en ciencias sociales*, Narcea, Madrid, 1989. Amplio manual de las técnicas que utiliza la investigación en ciencias sociales; merece la pena rescatar las unidades temáticas dedicadas a la encuesta y a la entrevista no estructurada, comparativamente, para sintetizar los principales aspectos metodológicos que han de ser aplicados por el investigador en el desarrollo de sus investigaciones. Este texto, junto con el monográfico dedicado a la entrevista y aún no editado al castellano ( Blanchet et al, *L'entretien dans les*

*sciences sociales*, Dunod-Bordas, París, 1985 ) ofrecen una visión completa y exhaustiva de lo que es en realidad la entrevista abierta, así como sus posibilidades de investigación social.

- FRASER, Ronald, "La formación del entrevistador", en *Historia y fuente oral*, número 3, Barcelona, 1990, pp. 129-150. La revista catalana *Historia y fuente oral* junto con *Historia social* de la UNED de Valencia, han sido, hasta la fecha, las principales publicaciones en lengua castellana dirigidas a la divulgación y el debate teórico de la nueva historiografía posmoderna, desde que, en España, un joven grupo de historiadores, inspirados entre otros por Fontana, iniciara nuevas vías ya apuntadas en sus investigaciones por el malogrado E. Thompson. El artículo que aquí se reseña, aunque muy enfocado al trabajo de campo de la historia de vida, es quizás el ensayo más reflexivo de cuantos trabajos se han dedicado a profundizar en las habilidades y capacitación de los investigadores especializados en la técnica de la entrevista abierta aplicada a las ciencias sociales. El historiador Ronald Fraser, autor, entre otros trabajos, de *Recuérdalo tú y recuérdalo a otros*, célebre texto de obligada referencia en cualquier bibliografía sobre historias de vida, aporta en este pequeño artículo algunas recomendaciones y una importante sistematización de las cualidades y los elementos que deben reunir los entrevistadores en su formación humanista como investigadores en cuanto prerequisites imprescindibles para un profundo y complejo estudio de las representaciones culturales de los actores sociales.
- GOFFMAN, Erving, *La presentación de la persona en la vida cotidiana*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1985. La popularidad alcanzada en la difusión y el análisis de los planteamientos esbozados por Goffman en el presente libro, hacen imprescindible su consulta e interpretación crítica por parte de todo investigador que trabaje con entrevista y etnografía fundamentalmente, pues nos da las claves de las representaciones sociales microsociológicas que determinan el sentido y la interacción cotidiana entre los sujetos representantes del orden social. No cabe duda que el interaccionismo simbólico marcó un antes y un después en el campo de la sociología y el del conjunto de las ciencias sociales. Los usos que hoy conocemos de la técnica de la entrevista abierta parten, necesariamente, de estos supuestos y organizan, por lo tanto, el marco teórico de fondo que explica el por qué de las aplicaciones que ejecuta el estudio. El texto constituye una consulta de carácter general para la investigación cualitativa.
- NAHOUM, Charles, *La entrevista psicológica*, Kapelusz, México, 1985. Un clásico ya de los estudios psicológicos. El manual publicado por la casa editorial argentina Kapelusz ha servido como documento para formar a varias generaciones de psicólogos en la mayoría de países de América Latina. Su consulta puede servir como introducción al estudio de los principios y fundamentos operativos de la entrevista como herramienta de conocimiento social. Aunque, sin duda, también puede ser especialmente útil para clarificar los elementos psicológicos, afectivos y emocionales que entran en juego en la interacción verbal que representa la relación mediada de la entrevista. Como hemos explicado en nuestro ensayo, la técnica de la entrevista cualitativa ha de fundamentarse en un profundo conocimiento de los elementos psicológicos que subyacen en la conversación, pues los aspectos cognoscitivos o, por lo general, los factores específicamente humanos son el principio del arte del buen entrevistador.
- ORTÍ, Alfonso, "La apertura y el enfoque cualitativo o estructural: la entrevista abierta semidirectiva y la discusión de grupo", en Manuel García Ferrando, Francisco Alvira y Jesús Ibáñez (eds.), *El análisis de la realidad social*, Alianza Universidad, Madrid, 1986. El texto del profesor Ortí es otra de las recomendaciones relevantes que he preferido seleccionar del autor por participar de la línea de investigación que desarrolla la Escuela Cualitativista de

Madrid, encabezada por Jesús Ibáñez, Ángel de Lucas y el propio autor reseñado. El artículo tiene además la virtud de comparar críticamente las utilidades del grupo de discusión con el uso de la entrevista abierta. Aunque no ha dado pie a la referencia pertinente en nuestro artículo, su análisis psicoanalítico de las triangulaciones y mediaciones cognitivas que se producen durante la situación de entrevista, pudieran ser de gran ayuda para la reflexión del analista interesado en un uso dinámico de la entrevista cualitativa en la investigación. Merece también la pena repasar sus apuntes sobre la limitación de esta técnica en la aprehensión de los discursos que circulan socialmente.

ROGERS, Carl, *Psicoterapia centrada en el cliente*, Editorial Paidós, México, 1993. La influencia de la obra rogeriana en la nueva psicología humanista, además de haber favorecido otras perspectivas terapéuticas en el trabajo de rehabilitación con el paciente, ha servido como marco interpretativo para el uso de la entrevista en otros campos de la actividad social. Su obra, de importante acogida en México a través de posgrados como el de la Universidad Iberoamericana, es de obligada consulta para tener los fundamentos mínimos de la teoría y la técnica de la entrevista. Además de ofrecer los antecedentes de lo que hoy es la entrevista cualitativa en investigación.

### BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- ACEVEDO, Alejandro y Alba Florencia López, *El proceso de la entrevista. Concepto y modelos*, Limusa-Grupo Noriega Editores, México, 1992.
- ALONSO, Luis Enrique, *Entre el pragmatismo y el pansemiologismo. Notas sobre los usos (y abusos) del enfoque cualitativo en sociología*, REIS, núm. 43, Madrid, 1988, pp. 157-173.
- ANGUERA, María Teresa, *Metodología de la observación en las ciencias humanas*, Editorial Cátedra, Madrid, 1985.
- ARGYLE, M., *Psicologías del comportamiento interpersonal*, Alianza Editorial, Madrid, 1983.
- ATLAN, H., *Entre el cristal y el humo*, Editorial Debate, Madrid, 1990.
- AUSTIN, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras*, Editorial Paidós, Barcelona, 1981.
- BAJTIN, Mijail, *Estética de la creación verbal*, Siglo XXI, México, 1982.
- BARBOTIN, Edmond, *El lenguaje del cuerpo*, EUNSA, Pamplona, 1977.
- BATESON, G., *Espíritu y naturaleza*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1984.
- BAUDRILLAR, Jean, *Cultura y simulacro*, Editorial Kairós, Barcelona, 1984.
- BENJAMIN, Alfred, *Instructo del entrevistador*, Editorial Diana, México, 1980.
- \_\_\_\_\_, Walter, *El narrador*, Editorial Taurus, Madrid, 1979.
- BERGER, P. y T. Luckmann, *La construcción social de la realidad*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1969.
- BERNAL, J., *Historia social de la ciencia*, Península, Barcelona, 1993.
- BLANCHET, A. et al., *Técnicas de investigación en ciencias sociales*, Narcea, Madrid, 1989.
- BLUMER, Herbert, *Interaccionismo simbólico*, Editorial Hora, Madrid, 1982.
- BOURDIEU, Pierre, *¿Qué significa hablar?*, Akal, Madrid, 1985.
- \_\_\_\_\_, *La distinción*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988.
- \_\_\_\_\_, *Sociología y cultura*, Editorial Grijalbo, México, 1990.
- \_\_\_\_\_, *El sentido práctico*, Editorial Taurus, Madrid, 1991.
- BRUNER, Jerome, *Acción, pensamiento y lenguaje*, Alianza Editorial, Madrid, 1984.
- \_\_\_\_\_, *Realidad mental y mundos posibles*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1988.

- CASADO Velarde, M., *Lenguaje y cultura*, Editorial Síntesis, Madrid, 1988.
- CICOUREL, A., *El método y la medida en sociología*, Editora Nacional, Madrid, 1982.
- CONVERSE, J. M. y H. Shuman, *Conversations at random: survey research as interviewers see it*, Wiley, Nueva York, 1974.
- COOK, T. D. y C. S. Reichardt, *Métodos cualitativos y cuantitativos en investigación evaluativa*, Morata, Madrid, 1986.
- DANZINGER, K., *Interpersonal communication*, Pergamon Press, Oxford, 1976.
- DAVIS, Flora, *La comunicación no verbal*, Alianza Editorial, Madrid, 1976.
- DEL CAMPO, Salustiano, *Tratado de sociología*, Editorial Taurus, Madrid, 1986.
- DELEUZE, Gilles, *La lógica del sentido*, Barral, Barcelona, 1971.
- \_\_\_\_\_ y Félix Guattari, *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*, Pre-Textos, Valencia, 1988.
- DELGADO, Juan Manuel y Juan Gutiérrez (coords.), *Métodos y técnicas cualitativas de investigación en ciencias sociales*, Editorial Síntesis, Madrid, 1994.
- DEL RÍO Reynaga, Julio, *Teoría y práctica de los géneros periodísticos*, Editorial Diana, México, 1991.
- ELLIS, Richard y Ann McClintock, *Teoría y práctica de la comunicación humana*, Editorial Paidós, Barcelona, 1984.
- FESTINGER, L. y Katz, D., *Los métodos de investigación en las ciencias sociales*, Editorial Paidós, Barcelona, 1992.
- FISKE, John, *Introducción al estudio de la comunicación*, Editorial Norma, México, 1984.
- FORD, Aníbal, *Navegaciones. Comunicación, cultura y crisis*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1994.
- FOUCAULT, Michel, *El orden del discurso*, Editorial Tusquets, Barcelona, 1980.
- \_\_\_\_\_, *Las palabras y las cosas*, Editorial Planeta, Barcelona, 1984.
- FRASER, R., "La formación del entrevistador", en *Historia y fuente oral*, número 3, Barcelona, 1990, pp. 129-150.
- GALLARDO, Beatriz, "El dinamismo conversacional: subsunción y *feedback*. Carácter informativo de los elementos conversacionales", en *Comunicación y sociedad*, vol. v, números 1 y 2, Pamplona, 1992, pp. 51-75.
- GALTUNG, J., *Teoría y métodos de investigación social*, Eudeba, Buenos Aires, 1966.
- GARCÍA Ferrando, Manuel, Francisco Alvira y Jesús Ibáñez (eds.), *El análisis de la realidad social*, Alianza Universidad, Madrid, 1986.
- GIDDENS, Anthony, *Las nuevas reglas del método sociológico*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1987.
- \_\_\_\_\_ y J. Turner, *Teoría social hoy*, Alianza Universidad, Madrid, 1991.
- GOFFMAN, Erving, *Relaciones en público*, Alianza Editorial, Madrid, 1983.
- \_\_\_\_\_, *La presentación de la persona en la vida cotidiana*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1985.
- GONZÁLEZ, Jorge y Jesús Galindo (eds.), *Metodología y cultura*, Conaculta, México, 1994, pp. 9-25.
- GOODALE, J.G., *La entrevista. Técnica y aplicaciones para la empresa*, Editorial Pirámide, Madrid, 1990.
- GRALE, R. J., "La historia y sus lenguajes en la entrevista de historia oral: quién contesta a las preguntas de quién y por qué", en *Historia y fuente oral*, número 5, Barcelona, 1990, pp. 106-127.

- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Editorial Taurus, Madrid, 1987.
- HALL, E. T., *La dimensión oculta*, IEAL, Madrid, 1973.
- \_\_\_\_\_, *El lenguaje silencioso*, Alianza/CNCA, México, 1989.
- HARRE, R., *El ser social*, Alianza Universidad, Madrid, 1982.
- HELLER, Agnes, *Teoría de los sentimientos*, Fontamara, Barcelona, 1984.
- IBÁÑEZ, Jesús, *Del algoritmo al sujeto. Perspectivas de la investigación social*, Siglo XXI, Madrid, 1985.
- \_\_\_\_\_ (ed.), *Nuevos avances en la investigación social*, Anthropos, Barcelona, 1990.
- \_\_\_\_\_, *Más allá de la sociología*, Siglo XXI, Madrid, 1992.
- \_\_\_\_\_, *El regreso del sujeto*, Siglo XXI, Madrid, 1992.
- \_\_\_\_\_, *Por una sociología de la vida cotidiana*, Siglo XXI, Madrid, 1994.
- JENSEN, K. B. y Jankowski, N. W., *Metodologías cualitativas de investigación en comunicación de masas*, Editorial Bosch, Barcelona, 1993.
- KEATS, Daphne, *La entrevista perfecta. Manual para obtener toda la información necesaria en cualquier tipo de entrevista*, Editorial Pax, México, 1992.
- LACLAU, Ernesto, *Política e ideología en la teoría marxista*, Siglo XXI, Madrid, 1979.
- LAMO de Espinosa, Emilio, *La sociedad reflexiva*, Siglo XXI, Madrid, 1990.
- LLEDO, Emilio, *Lenguaje e historia*, Editorial Ariel, Barcelona, 1978.
- LÓPEZ GARCÍA, Ángel, *Análisis de la conversación y teoría de catástrofes*, Voz y Letra, 11/1, 1991, pp. 3-16.
- LOZANO, Jorge, Cristina Peña-Marín, Gonzalo Abril, *Análisis del discurso. Hacia una semiótica de la interacción textual*, Editorial Cátedra, Madrid, 1986.
- MARSAL, Juan Francisco, *La crisis de la sociología norteamericana*, Editorial Península, Barcelona, 1977.
- MARTÍN Barbero, Jesús, *Proceso de comunicación y matrices de cultura. Itinerario para salir de la razón dualista*, FELAFACS/Gustavo Gili, México, 1987.
- MARTÍNEZ Vallvey, Fernando, *La entrevista periodística desde el punto de vista conversacional*, Publicaciones de la Universidad Pontificia, Salamanca, 1995.
- MATURANA, Humberto, *Emociones y lenguajes en educación y política*, Hachette, Santiago de Chile, 1986.
- MAYOR, Juan, "Interacción, comunicación y lenguaje", en *Psicología general y aplicada*, vol. 38, número 2, 1983, pp. 251-296.
- MEAD, G. H., *Espíritu, persona y sociedad*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1972.
- MEERLOO, P., *Teoría de la comunicación humana. Ensayos originales. Contribuciones de la psicología a la teoría de la comunicación*, Editorial Troquel, Buenos Aires, s/f.
- MILES, M. y A. M. Huberman, *Qualitative data analysis*, SAGE, California, 1984.
- MILLER, George A., *Psicología de la comunicación*, Editorial Paidós, Barcelona, 1980.
- MONTERO, Fernando, *Retorno a la fenomenología*, Editorial Anthropos, Barcelona, 1987.
- MORIN, Edgar, *Ciencia con conciencia*, Editorial Anthropos, Barcelona, 1984.
- \_\_\_\_\_, *El método. La naturaleza de la Naturaleza*, Editorial Cátedra, Madrid, 1986.
- \_\_\_\_\_, *El método. El conocimiento del conocimiento*, Editorial Cátedra, Madrid, 1988.
- \_\_\_\_\_, *Introducción al pensamiento complejo*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1994.
- MOYA, Carlos, *Sociólogos y sociología*, Siglo XXI, Madrid, 1990.

- NAHOUM, Charles, *La entrevista psicológica*, Editorial Kapelusz, México, 1985.
- PAGES, M., *Psicoterapia rogeriana y psicología social no directivas*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1976.
- PATTON, M., *Qualitative evaluation methods*, Sage, California, 1986.
- PÉREZ Serrano, Gloria, *Investigación cualitativa. Retos e interrogantes*, Editorial La Muralla, Madrid, 1994.
- PETITOT, J., *Morphogenése du sens*, PUF, París, 1985.
- PICO, J. (ed.), *Modernidad y postmodernidad*, Alianza Editorial, Madrid, 1986.
- PIZARRO, Narciso, *Metodología sociológica y teoría lingüística*, Alberto Corazón, Madrid, 1979.
- PRICE, J. D. y J. Holmers (eds.), *Sociolinguistics*, Penguin Book, Londres, 1971.
- QUESADA, Montserrat, *La entrevista: obra creativa*, Editorial Mitre, Barcelona, 1984.
- \_\_\_\_\_ y Eric Frattini, *La entrevista. El arte y la ciencia*, EUEDEMA, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ Estrada, Mauro, Leonora Del Campo de Del Río, Raquene Treviño Carvajal, *La entrevista productiva y creativa*, McGraw Hill, México, 1993.
- ROGERS, Carl, *Psicoterapia centrada en el cliente*, Editorial Paidós, México, 1993.
- RUIZ Olabuenaga, José Ignacio, *Estilos de vida e investigación social*, Editorial Mensajero, Bilbao, 1984.
- \_\_\_\_\_ y María Antonia Ispizua, *La descodificación de la vida cotidiana*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989.
- SÁNCHEZ, José Francisco, *La entrevista periodística: introducción práctica*, EUNSA, Pamplona, 1993.
- SCHAFFLEN, Albert y Alice Schafflen, *El lenguaje del cuerpo y el orden social*, Editorial Diana, México, 1976.
- SCOTT, M. D. y W. G. Powers, *La comunicación interpersonal como necesidad*, Narcea, Madrid, 1985.
- SCHUTZ, Alfred, *Fenomenología del mundo social*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1972.
- SEARLE, J., *Actos de habla*, Editorial Cátedra, Madrid, 1986.
- \_\_\_\_\_, *Intencionalidad*, Editorial Tecnos, Madrid, 1992.
- SELLTIZ, C. et al, *Métodos de investigación en las relaciones sociales*, Rialp, Madrid, 1981.
- SHWARTZ, Howard y Jerry Jacobs, *Sociología cualitativa. Método para la reconstrucción de la realidad*, Editorial Trillas, México, 1984.
- SHERWOOD, Hugh C., *La entrevista*, Editorial Prisma, México, 1976.
- SHOTTER, J., *Conversational realities*, Sage, Londres, 1993.
- STUBES, M., *Análisis del discurso. Análisis sociolingüístico del lenguaje natural*, Alianza Editorial, Madrid, 1987.
- TAYLOR, S. J. y R. Bogdan, *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1986.
- THOMPSON, Paul, *La voz del pasado. Historia oral*, Alfons el Magnánim, Valencia, 1988.
- VARELA, Francisco, *Conocer*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1990.
- VOLOSHINOV, V. N., *El signo ideológico y la filosofía del lenguaje*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1976.
- VON FOERSTER, H., *Las semillas de la cibernética*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1991.
- VV.AA., *Textos situacionistas. Crítica de la vida cotidiana*, Anagrama, Barcelona, 1973.

\_\_\_\_\_, *Técnicas de investigación en ciencias sociales*, Narcea, Madrid, 1985.  
\_\_\_\_\_, *La otra investigación cualitativa*, AEDAMO, Barcelona, 1993.

WATZLAWICK, P., *et al*, *Teoría de la comunicación humana*, Editorial Herder, Barcelona, 1981.  
WELLMER, Albrecht, *Teoría crítica de la sociedad y positivismo*, Editorial Ariel, Barcelona, 1979.  
WILLIAMS, Raymond, *Sociología y cultura*, Editorial Paidós, Barcelona, 1990.  
\_\_\_\_\_, T. R., *Métodos de campo en el estudio de la cultura*, Taller de Ediciones, Madrid, 1974.  
WOLF, Mauro, *Sociología de la vida cotidiana*, Editorial Cátedra, Madrid, 1982.

ZAVALA, Iris, *La postmodernidad y Mijail Bajtín. Una poética dialógica*, Espasa-Calpe, Madrid, 1991.  
ZEMELMAN, Hugo, *Conocimiento y sujetos sociales*, Colegio de México, 1987.



# LECTURA 2

Tomada de: Universidad de Minnesota. Human Rights Library, "Capítulo VIII. Entrevistas", *Manual de capacitación para la fiscalización de los derechos humanos*, en: <<http://www1.umn.edu/humanrts/monitoring/Sindex.html>> (consultada en agosto de 2007), pp. 119-138.

## Capítulo VIII

# ENTREVISTAS

### Conceptos básicos

*El oficial de derechos humanos debe tomar en consideración a **quiénes** ha de entrevistar, **cómo** ha de protegerles, **quién** ha de realizar la entrevista, **en qué idioma**, **quién traducirá**, **dónde** ha de realizarse la entrevista para proteger al testigo, **cómo** se ha de registrar la entrevista para proteger la **seguridad** de la información, **qué cosas debe conocer** el funcionario antes de realizar la entrevista, **cómo** ha de abordar las **diferencias culturales** que traban la comunicación y **cómo iniciar** la entrevista.*

*El oficial de derechos humanos debe **elaborar un informe**, **presentarse** a sí mismo y al intérprete, **explicar el mandato** de la operación de derechos humanos que realizan las Naciones Unidas sobre el terreno, establecer el propósito de la entrevista, discutir las **reglas básicas** de la entrevista, referirse a la forma en que el testigo podrá ser **protegido** después de la entrevista, **anunciar el empleo que se hará de la información** y alentar al testigo a **efectuar su relato** con sus propias palabras antes de formularle preguntas concretas.*

*El oficial de derechos humanos debe ser consciente de las necesidades y las características peculiares de ciertas categorías de personas entrevistadas —entre ellas, por ejemplo, las víctimas de tortura, las mujeres, los niños, los refugiados y los desplazados internos, la población rural, las comunidades indígenas y los sectores de bajos ingresos— y estar adecuadamente preparado antes de entrevistarles.*

## A. Introducción

1. La **entrevista** es el **método más corriente para obtener información** sobre presuntas infracciones de los derechos humanos. Además, el testimonio oral es necesario muchas veces para complementar la información escrita. En esta sección se analizarán diversos aspectos de las entrevistas. Las técnicas básicas de su preparación, iniciación y realización se examinarán en este capítulo. Entre los temas figurarán el empleo de intérpretes, la verificación de los datos y las entrevistas con personas que tienen características particulares. Es importante no perder de vista que las entrevistas se realizan en numerosos contextos diferentes: una oficina, una cárcel, en el campo o en un camino. El proceso de la entrevista debe ajustarse a cada situación. Además, el oficial de derechos humanos debe reflexionar estratégicamente sobre la información que necesita obtener. ¿Dónde puede obtenerla? ¿Quién puede saberlo? ¿Cuáles son los intereses del testigo que se presenta y hace su relato?

## B. Identificación de las personas a quienes se ha de entrevistar

### 1. Identificación de los testigos

2. Es frecuente que se presenten personas en busca de protección o de recursos por violaciones de derechos humanos sufridas en el pasado. Sin embargo, es corriente que los testigos y las víctimas estimen inútil o peligroso identificarse. Respecto de ciertos tipos de violaciones de derechos, como las agresiones sexuales y otras formas de violencia contra la mujer, la resistencia de las víctimas a denunciar violaciones de derechos puede ser aún mayor. Por lo tanto, el oficial de derechos humanos puede tener que proceder en forma **activa** y no pasiva al **determinar a quiénes ha de entrevistar**. Es indispensable que los investigadores desarrollen buenas relaciones con las organizaciones de defensa de los derechos humanos y otras que actúan en su zona. Esta labor supone un esfuerzo activo de vinculación con las organizaciones, la organización de encuentros periódicos, etc. Las organizaciones locales de defensa de los derechos humanos y otras pueden poner a los oficiales de derechos humanos en contacto con víctimas y testigos de violaciones de derechos humanos. Las clínicas y centros de tratamiento también pueden servir como punto de partida. Además, los abogados y los periodistas pueden estar en condiciones de identificar a posibles entrevistados.

3. Como ya se ha indicado, los oficiales de derechos humanos deben estar **dispuestos a salir de su oficina** y dirigirse al lugar en que puedan recibir informaciones de una persona que se considere víctima de una violación de derechos. Los oficiales de derechos humanos deben **visitar periódicamente** cárceles, hospitales, depósitos de cadáveres y los lugares en que la población está más expuesta al peligro (como los barrios de tugurios, los barrios obreros y las comunidades rurales). Al trasladarse a zonas rurales apartadas, los oficiales de derechos humanos deben optar entre varios métodos. Uno consiste en establecer y ajustarse a un calendario de visitas para que los testigos puedan ponerse en comunicación con ellos. Otra posibilidad es la de efectuar visitas irregulares e inesperadas. Un tercer método es el de organizar visitas ocasionales a través de un tercero de confianza, como un clérigo.

4. Los oficiales de derechos humanos **nunca deben pagar por los testimonios**, pero deben considerar la posibilidad de cubrir los gastos de viaje de los testigos que tengan que recorrer grandes distancias. Una de las razones para no pagar por las entrevistas es la posibilidad de que el entrevistado dé la versión que estima que el funcionario desea oír.

### 2. Protección de los testigos

5. Otro aspecto que debe considerarse en las entrevistas con testigos —especialmente cuando se realizan por operaciones sobre el terreno en materia de derechos humanos— es **la necesidad de proteger a los testigos**. El tema de la protección de los testigos tiene que examinarse en el contexto de todas las medidas que se han de adoptar, desde las primeras etapas de organización de la entrevista hasta las comunicaciones posteriores a ella.

6. Aunque nunca pueden existir garantías totales de protección para los testigos después de su entrevista, una solución parcial del problema de las represalias contra ellos, utilizada principalmente por organizaciones intergubernamentales, es un acuerdo del gobierno por el que se obliga a no tomar medidas de represalia. Por ejemplo, el artículo 58 del Reglamento de la Comisión Interamericana obliga al gobierno a comprometerse a no tomar represalias contra los testigos, como condición de cumplimiento de la misión. El “Acuerdo sobre el establecimiento de una Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia” dispone en su artículo 31 que el Gobierno se obliga a asegurar que ninguna persona que haya tenido contacto con la Oficina sea objeto de abuso, amenazas, represalias o procedimientos judiciales por ese solo motivo.

7. Cuando no existe un acuerdo de protección, o en cualquier caso, hay diversas medidas que pueden adoptarse para proteger al testigo:

- a) Las entrevistas deben realizarse en un entorno en que la operación sobre el terreno **no concite una atención innecesaria** respecto del testigo. Los oficiales de derechos humanos deben tratar de entrevistar a un número importante de personas en cada comunidad para que la atención no se centre en unos pocos individuos.
- b) Las entrevistas deben realizarse **en un lugar con vigilancia mínima**. La vigilancia por el gobierno es un problema menos probable si los oficiales de derechos humanos se desplazan y viajan por el interior del país.
- c) El funcionario que realiza la entrevista **nunca debe mencionar expresamente declaraciones hechas por un testigo al entrevistar a otro**. Ese error puede poner en peligro al primer testigo y crear inquietudes en el segundo acerca de la confidencialidad de la información que suministra. En realidad, lo mejor es no revelar la identidad de las demás personas que han suministrado informaciones. Los vínculos deben protegerse muy cuidadosamente y no debe divulgarse su identidad, salvo en condiciones que ofrezcan plenas garantías de seguridad.
- d) El funcionario que realiza la entrevista debe preguntar al testigo si está en peligro, y **qué medidas de seguridad considera el testigo que deberían adoptarse**.
- e) El funcionario que realiza la entrevista debe preguntar, brevemente al comienzo de ella y más detenidamente al final, qué precauciones pueden adoptarse para dar alguna protección al testigo después de la entrevista. Algunos testigos pueden desear una tarjeta que indique que han sido entrevistados a fin de poder mostrarla a las autoridades para hacerles notar que las Naciones Unidas se ocuparán si les sobreviene algún daño. Otros considerarán peligroso tener tales tarjetas porque pueden llamar la atención de las autoridades. Esos testigos pueden desear, en cambio, **desarrollar algún método para permanecer en comunicación**. Algunas personas entrevistadas pueden preferir que se mantenga su anonimato. En cualquier caso debe quedar claro **que el oficial de derechos humanos no puede garantizar la seguridad del testigo**.

8. Para proteger a las personas entrevistadas es fundamental **guardar siempre en lugar seguro todos los documentos**. Los expedientes, como precaución complementaria, pueden **identificarse por número y no por el nombre de la persona**. Las listas que identifican a las

personas entrevistadas se guardarían entonces en un lugar separado de los expedientes y archivos referentes a las entrevistas. Cuando se obtiene información complementaria, el oficial de derechos humanos debe marcarla con el número del expediente y no con el nombre de la víctima. Deben extraerse copias de todos los documentos, guardándolas en lugar seguro.

## C. Preparación de una entrevista

9. Al prepararse para una entrevista, el oficial de derechos humanos debe examinar *a quién* ha de entrevistar; *cómo* ha de protegerle; *quién* debe realizar la entrevista; *en qué idioma* se ha de desarrollar; *quién* habrá de interpretar entre los idiomas locales y el de trabajo; *dónde* se ha de realizar la entrevista; *cómo* deberá registrarse; *qué cosas* necesita conocer el funcionario que realiza la entrevista antes de llevarla a cabo; y *cómo* debe iniciarse la entrevista.

10. Teniendo en cuenta la reticencia a hablar de experiencias traumáticas en presencia de terceros, es de práctica en la mayoría de las organizaciones **entrevistar a los testigos y las víctimas en forma individual**. Por ejemplo, el proyecto de reglamento modelo de las Naciones Unidas dispone que se excluya a los testigos de la habitación en que se realizan las declaraciones mientras éstas se prestan por otro testigo, si este último así lo solicita. Amnistía Internacional también sigue esta regla. Merece señalarse, sin embargo, que en las cárceles el CICR suele entrevistar a varias personas juntas en una misma celda. Este método permite obtener un cuadro general de lo que cada persona del grupo está dispuesta a decir, antes de que el organizador de la entrevista decida con quiénes ha de hablar individualmente.

### 1. Quién ha de realizar la entrevista

#### a. Número de entrevistadores

11. En general, lo mejor es que la entrevista se realice por **dos personas**. Una de ellas puede mantener la mirada en el entrevistado y formular preguntas, mientras que la otra toma notas discretamente y puede determinar si se han omitido preguntas. Sin embargo, puede resultar imposible por razones prácticas contar con dos entrevistadores presentes en todos los casos, e incluso en la mayoría de ellos. Si la entrevista se realiza por un solo funcionario, éste debe tomar apuntes limitados y preparar notas más completas después de la sesión. Además, si hace falta un intérprete, la presencia de tres personas puede ser un número excesivo de oyentes. En general, existe mejor disposición a la sinceridad cuando es menor el número de las personas que asisten. Los testigos pueden ser reacios a hablar frente a todo un conjunto de oyentes.

#### b. Conocimiento de idiomas

12. La operación sobre el terreno de las Naciones Unidas sobre derechos humanos debe determinar cuáles de los funcionarios de las Naciones Unidas **conocen los idiomas locales utilizados**. Muchas de las personas que padecen sufrimientos sólo se expresan en un idioma local; los oficiales de derechos humanos de las Naciones Unidas deben aprenderlo si tal cosa es posible.

### c. Diferencias culturales

13. Las diferencias culturales entre el funcionario que realiza la entrevista y la persona entrevistada pueden dar lugar a **dificultades de comunicación**. Estas diferencias culturales comprenden actitudes sobre el significado de las experiencias traumáticas, los papeles que corresponden a los sexos y a la situación social, y los temas de conversación apropiados. Pueden generarse malentendidos incluso a partir de nociones culturales concretas sobre la relación física (como la mirada directa a los ojos, o la distancia entre las personas). Es fundamental que el funcionario que realiza la entrevista sea sensible a tales diferencias culturales, sea paciente con el entrevistado y procure informarse acerca de su cultura.<sup>5</sup>

14. Otra diferencia cultural puede ser la medida en que la política constituye un factor en la vida de la persona entrevistada. Ésta puede tener una adhesión sumamente firme a determinadas opiniones políticas o a un partido político, y puede exponer detalladamente sus actividades políticas. El entrevistador debe escuchar respetuosamente y registrar ese testimonio, aunque no esté de acuerdo con las opiniones expresadas.

## 2. Intérpretes

15. Es una *práctica muy preferible* que el oficial de derechos humanos *hable el idioma* empleado por la población del país o de la región en que trabaja. Si le es indispensable recurrir a intérpretes, no podrá lograr una comprensión igualmente completa de la información que recibe. Además, muchas personas serán más reacias a hablar con el oficial de derechos humanos a través de un intérprete, sobre todos si éste proviene del país en que se realiza la operación. Si es preciso emplear **intérpretes, deben examinarse sus antecedentes** para asegurar que la labor de la operación sobre el terreno de las Naciones Unidas no esté infiltrada por informantes del gobierno o de organizaciones de oposición. También es preciso tener cuidado en cuanto a **asegurar que los intérpretes no intimiden a las personas entrevistadas**. Por ejemplo, no debe recurrirse a ex integrantes de las fuerzas armadas ni a personas del mismo origen étnico que los perseguidores. Además, las intérpretes de sexo femenino pueden parecer menos amenazantes en la situación de la entrevista. Por otra parte, los oficiales de derechos humanos deben asegurarse de que el intérprete hable el mismo dialecto o variante del idioma local que la persona entrevistada.

16. Deberían desarrollarse directrices acerca del empleo de intérpretes. Si se recurre a un intérprete para una entrevista, el funcionario que la realiza debe explicar al intérprete, en privado, **las reglas básicas aplicables** antes de iniciar la entrevista. Se debe pedir al intérprete que **formule y transmita las preguntas con exactitud**, textualmente en cuanto sea posible. Si las preguntas no son claras o el testigo no las comprende, el funcionario que realiza la entrevista debe pedir que el intérprete se lo haga saber, para formular la pregunta en otros términos. El funcionario debe expresarse en frases concisas, fáciles de comprender y de traducir. El intérprete debe transmitir *las preguntas y las declaraciones una por una* para asegurar que el testigo las comprenda. El funcionario debe repetir la pregunta varias veces, si es preciso, hasta lograr su comprensión. El funcionario debe dirigirse al testigo y no al intérprete, hablando directamente al primero.

<sup>5</sup> Glenn Randall y Ellen Lutz, *Serving Survivors of Torture*, (1991), págs. 64 a 67.

17. Como todos los demás trabajadores al servicio de las Naciones Unidas, **los intérpretes necesitan ser protegidos**. Puede ser útil contratar intérpretes en regiones distintas del lugar en que han de trabajar. La confianza que merecen los intérpretes y conductores es de suma importancia para la credibilidad de la labor de los funcionarios y de las Naciones Unidas.

18. Al trabajar con intérpretes es importante tener presente la posibilidad de que los intérpretes se enteren de demasiadas cosas. En la peor hipótesis **los intérpretes pueden convertirse, o ser apremiados para que se conviertan**, en informantes de los perseguidores; como mínimo, los intérpretes pueden familiarizarse a tal punto con determinados hechos o condiciones del país que su traducción resulte descuidada, incompleta o inexacta. Una solución posible de este problema, empleada por los fiscalizadores de la Comunidad Europea en la ex Yugoslavia, es el empleo de estudiantes universitarios como intérpretes durante plazos de sólo dos semanas, al término de las cuales se les releva por otros.

### 3. Lugar y condiciones de reserva

19. La entrevista debe realizarse en un lugar que presente **el mínimo riesgo de presencia de dispositivos de escucha y de represalias** contra el testigo. Los mayores riesgos existen en lugares como los hoteles, donde las entrevistas pueden ser oídas y existe una probabilidad considerable de vigilancia. El lugar elegido para la entrevista debe suscitar el mínimo de sospechas entre las personas que ven llegar a los participantes o las ven hablando. Del mismo modo, el lugar debe generar un ambiente adecuado para la entrevista, para que pueda realizarse una conversación franca sin interrupciones indebidas. Como ocurre en tantos otros temas, los funcionarios que realicen entrevistas deben **consultar a las personas con quienes estén vinculados para obtener su consejo** sobre el lugar más conveniente para las entrevistas.

### 4. Grabación de la entrevista

20. En la mayoría de los casos, **la grabación magnetofónica presenta graves problemas de seguridad** y no debe realizarse. Sin embargo, en algunos países en que lo permiten las condiciones de seguridad, el funcionario que realiza la entrevista debe plantearse la posibilidad de utilizar un grabador. Éste **sólo debe emplearse con el consentimiento expreso de la persona entrevistada**. Por lo tanto, sólo puede utilizarse cuando el testigo desarrolla un grado considerable de confianza respecto del funcionario. Los grabadores son particularmente útiles cuando la entrevista se realiza por una sola persona, a la que le resulta difícil tomar notas. También son útiles los grabadores cuando se necesita traducción o interpretación. La única forma de verificar la interpretación puede consistir en grabar la entrevista de modo que pueda revisarse posteriormente. El grabador no debe presentarse hasta que el funcionario que realiza la entrevista haya establecido su credibilidad y tranquilizado al testigo acerca de los objetivos de la entrevista y la confidencialidad de la información. Debe preguntarse al testigo si autoriza la grabación, que ayudará al funcionario a recordar la información recibida. **Nunca deben utilizarse grabadores ocultos**. La cinta nunca debe contener el nombre de la persona entrevistada. La identidad del testigo debe registrarse en otro lugar y en forma codificada, para que **no pueda realizarse ninguna vinculación visible entre la entrevista grabada y el nombre de la persona**. La cinta, una vez grabada, debe guardarse de modo que no pueda ser confiscada ni resulte fácil relacionarla con el testigo.

21. Las **cámaras** son aún más problemáticas. Existe un **peligro de represalias** considerable contra las personas como consecuencia de las fotografías. Algunos testigos pueden desear que se fotografíen las lesiones causadas por la tortura. Ni siquiera esas fotografías **deben indicar la identidad** del testigo (por ejemplo, mostrando su rostro). Si se obtiene autorización para tomar una fotografía, debe pedirse la conformidad del testigo para publicarla o difundirla de otro modo. Una persona en situación muy destacada, en grave peligro de muerte, puede preferir que se le fotografíe como modo de protección. La mayoría de los testigos, sin embargo, probablemente no quieren ser fotografiados.

22. La **videograbación** es más **peligrosa** en las entrevistas porque inhibe la obtención de informaciones y pone en situación de considerable peligro al testigo **en caso de que se encuentre y confisque la grabación**. Las videograbaciones pueden ser algo más útiles para registrar manifestaciones u otros acontecimientos públicos, pero crean peligros de seguridad. Es importante tener presente que, en algunos casos, la presencia de la videocámara puede, en realidad, provocar una manifestación u otro acontecimiento. El oficial de derechos humanos debe actuar con cuidado para no poner en peligro a las personas ni provocar distorsiones en los hechos como consecuencia de la grabación.

## 5. Investigación preparatoria

23. El funcionario encargado de la entrevista debe **prepararse para ella averiguando** lo más posible acerca del testigo y las circunstancias pertinentes. Si ya se ha preparado un expediente, debe leer su contenido y otros **materiales de antecedentes**. También debe familiarizarse con los términos y las abreviaturas cuyo empleo se relaciona con la situación.

24. El funcionario debe prepararse para la entrevista que va a realizar (sobre todo cuando es importante) estableciendo un **esquema de la entrevista** (incluyendo una lista de los temas que deben tratarse en el orden en que se los ha de abordar). Puede, incluso, redactar las preguntas fundamentales. Algunas de ellas se sugieren más adelante respecto de la información necesaria para respaldar una denuncia. La preparación de una lista de consultas ayuda al funcionario a elaborar una estrategia para la entrevista. El funcionario debe memorizar las preguntas, y no depender demasiado de la lista de temas. *Es más importante establecer la relación y mirarse a los ojos con el testigo que atenerse a determinado orden de las preguntas.* La lista de temas puede utilizarse al final de la entrevista para recordar alguna pregunta importante que se haya omitido formular. El oficial de derechos humanos debe evitar cuidadosamente que la lista de preguntas se convierta en un obstáculo artificial para la comunicación con el testigo.

## D. Comienzo de la entrevista

25. Antes de la entrevista, el funcionario que la realiza tiene que haberse reunido ya con el intérprete y discutido con él las reglas básicas de la entrevista. Al comienzo de la entrevista, el funcionario debe saludar a la persona en forma amistosa (con una sonrisa, dándole la mano, etc., según las costumbres locales). Antes de formular ninguna pregunta como parte de la entrevista, el funcionario debe **presentarse**, así como presentar al intérprete, **explicar el mandato** de la operación sobre el terreno de las Naciones Unidas en materia de derechos



humanos, **dejar establecido el propósito de la entrevista, discutir las reglas básicas** de la entrevista, referirse a **la protección que puede darse a los testigos** después de la entrevista, y mencionar **el uso que se dará** a la información. El oficial de derechos humanos debe destacar que es fundamental obtener el máximo posible de detalles para establecer los hechos: por ejemplo, la existencia de una violación de derechos humanos.

26. El entrevistador debe presentar una actitud de **profesionalismo, sinceridad y sensibilidad**. También debe explicar a la persona entrevistada las distintas etapas por las que habrá de pasar la información y los usos que se le darán.

27. Para **establecer una relación inicial** con el entrevistado, el entrevistador puede ofrecerle agua, café, agua mineral u otro refresco. (A menudo resulta útil disponer de agua y servilletas durante la entrevista.) El entrevistador debe hablar directamente al testigo y tratar de que ambos se miren a los ojos, aunque intervenga un intérprete.

28. El entrevistador debe **explicar el mandato de la operación**. Uno de los problemas que plantea la explicación del mandato con cierto detalle es que el testigo puede ajustar su relato para que se adapte, e incluso imite, las violaciones mencionadas en la exposición del mandato. El entrevistador debe explicar que la operación sobre el terreno de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos es totalmente **independiente del gobierno**. A menos que sea inevitable, los oficiales de derechos humanos **por regla general no deben viajar en vehículos gubernamentales** ni aceptar escolta militar. La operación de las Naciones Unidas puede tener que fiscalizar actividades militares, pero los oficiales de derechos humanos deben mantener distancias. Como ocurre en muchos otros aspectos de este manual, los oficiales de derechos humanos deben procurar orientación de los directores de la operación de derechos humanos acerca de esas cuestiones.

29. Del mismo modo, el entrevistador debe **asegurar al testigo que la información se mantendrá confidencial, explicándole de qué modo** se preservará ese carácter. (Sin embargo, las entrevistas con funcionarios gubernamentales generalmente no son confidenciales.) Es preciso tranquilizar a los testigos no gubernamentales respecto de los objetivos de la entrevista y las razones por las que el testigo debe asumir el riesgo de proporcionar informaciones. El testigo debe ser consciente de que se están tomando notas de la entrevista, pero esas notas se mantendrán con carácter confidencial. **El testigo debe poder autorizar el uso de los materiales**, que se citen los nombres y los detalles, etc. También deben dársele seguridades en cuanto a que las notas de la entrevista serán protegidas. Debe instarse al testigo a que facilite la mayor cantidad posible de detalles. Puede ocurrir que el testigo pregunte cómo se utilizará la información, y el entrevistador debe preguntarle qué opina que debería hacerse. Debe preguntarse al testigo de qué modo puede la operación sobre el terreno de las Naciones Unidas mantenerse en comunicación con él después de la entrevista para darle garantías de que no sufrirá daños. Al término de la entrevista la conversación debe volver sobre el tema de la utilización que se dará a la información, lo que necesita hacerse y la forma en que se protegerá al testigo.

## E. La entrevista

30. Durante la entrevista el oficial de derechos humanos debe mantener la relación con el entrevistado y desarrollar una atmósfera de aceptación y confianza. Para el logro de esa atmósfera es fundamental que el entrevistador **evite la apariencia de juzgar a la persona**, desaprobando su conducta o mostrando desconfianza sobre las informaciones que facilita. Además, el entrevistador siempre **debe cumplir sus promesas**. Debe manifestar interés por la persona, como individuo digno de respeto y preocupación y cuya perspectiva y motivaciones deben atenderse. El entrevistador debe tratar a la persona como poseedora de una información importante y digna de la máxima atención de su parte. No debe crearse en el entrevistado la sensación de que sólo constituye un caso dentro de una sucesión indiscriminada de casos de interés momentáneo.

### 1. El relato

31. Es una buena idea **dejar que el entrevistado empiece por hacer su relato**, con lo que se reduce al mínimo su sensación de indefensión y pérdida de control. El entrevistador debe preguntar al testigo qué le ha ocurrido que pudiera ser objeto de una denuncia. Debe escuchar atentamente la narración del testigo, y ser paciente en caso de reiteraciones y planteos carentes de orden lógico. Dejar que el testigo diga al oficial de derechos humanos lo que considera importante es *un elemento fundamental para establecer la relación*, aunque en rigor la información no sea pertinente a la tarea de fiscalización. **El oficial de derechos humanos debe ser paciente** al escuchar argumentos políticos o de otra índole que no tengan pertinencia estricta respecto de los derechos humanos. *Si no se deja que el testigo haga su relato a su manera, puede mostrarse reacio a hablar de temas delicados* (como los maltratos sufridos) que interesan directamente a la operación sobre derechos humanos. Debe darse tiempo al testigo para que desarrolle confianza en el entrevistador.

32. **Las preguntas deben formularse en tono comprensivo**, para lograr aclaraciones, y no en términos fríos ni bruscos. El entrevistador debe **emplear preguntas amplias** y no numerosas preguntas muy específicas, al estilo de las repreguntas de un interrogatorio judicial. En general, el entrevistador debe **avanzar a partir de cuestiones no polémicas y no delicadas para ir pasando a las cuestiones más delicadas**. El entrevistador *no debe tratar de apremiar al testigo. Si surge un tema que para el testigo es demasiado conmovedor o delicado, conviene cambiar de asunto y volver a él más adelante. Haga una pausa durante la entrevista*, o entre las entrevistas, si el testigo, el intérprete o el entrevistador están demasiado fatigados. También en esta situación el entrevistador puede ofrecer agua o café. Debe manifestar respeto por las experiencias dolorosas sufridas por el testigo y solidaridad al respecto. El entrevistador puede hacer saber al testigo que el oficial de derechos humanos procura ayudarlo. El entrevistado puede tener necesidad de dar curso a sus emociones, y el entrevistador tiene que ser paciente y mostrar una actitud tranquilizadora.

33. El entrevistador debe ser **muy cuidadoso en cuanto a no comunicar** a través de lenguaje gestual, expresiones faciales o en otras formas **que no cree** lo que se le está diciendo. Si existen posibilidades de hacer una videograbación de entrevistas simuladas o de práctica, los entrevistadores pueden observar su propia actuación al recibir las declaraciones para asegurarse

de que no comunican mensajes negativos susceptibles de perturbar la corriente de información. *Tomar algunas notas sin dejar de mirar al testigo* parecería el mejor modo de actuar durante una narración.

34. Los entrevistadores **no deben formular preguntas que sugieran la respuesta**, porque el testigo puede sentirse tentado a dar sólo la información que quiere recibir el entrevistador, en lugar de la verdad. Los entrevistadores *no deben plantear directamente problemas de exageración o credibilidad*. Las exageraciones pueden relacionarse en gran medida con que los investigadores anteriores no afianzaron su propia credibilidad, o no actuaron respecto de determinados casos. Los informantes pueden creer que les es preciso exagerar para poder provocar medidas. Los oficiales de derechos humanos necesitan afianzar su propio crédito. Poner en tela de juicio directamente el crédito del testigo puede hacer que éste se niegue a seguir facilitando información. También otros declarantes pueden enterarse de que el entrevistador no considera dignos de crédito a los testigos.

35. Si el entrevistador considera que el relato es incoherente, *debe tratar de aclarar los hechos diciendo al testigo que no ha comprendido bien el orden en que ocurrieron*. También en este caso el entrevistador *no debe traslucir escepticismo, desconfianza ni condescendencia*. Puede ser útil **formular las mismas preguntas en distintas formas** para ayudar a que la persona vea los hechos desde perspectivas diferentes y para evaluar el crédito que merece todo el relato.

36. Sobre la base de las informaciones necesarias como respaldo de una denuncia por violación de derechos humanos, es preciso obtener ciertos datos. Si el testigo sabe leer y escribir, el entrevistador debe pedirle que *deletree todos los nombres*. También puede ser muy útil *tener consigo un mapa o plano*, que contenga los nombres de lugares que puedan mencionarse durante la entrevista. También conviene tener un almanaque, que puede ayudar al testigo a mantener el orden en que ocurrieron los hechos. Si el testigo indica números (personas muertas, heridos, etc.), el entrevistador debe preguntarle cómo conoce la cantidad. Esta pregunta dará al entrevistador la oportunidad de apreciar la capacidad del testigo para la observación de los hechos.

## 2. Interrogatorio específico

37. Tras oír la narración del testigo, el entrevistador puede tener interés en **formular preguntas sobre episodios concretos**. Por ejemplo, si una testigo ha dicho que entraron soldados en su casa, puede interesar al entrevistador formular preguntas como las siguientes:

- ¿Cómo sabe usted que formaban parte de las fuerzas armadas?
- ¿Cómo estaban vestidos? ¿Llevaban determinado tipo de uniforme?
- ¿Cuántos soldados eran?
- ¿Llevaban armas? Si las llevaban ¿de qué tipo eran?
- ¿Supo el nombre de alguno de ellos? ¿A qué unidad pertenecían?
- ¿Los vio alguien más en su casa?
- ¿Qué hicieron cuando llegaron o mientras estaban en la casa?
- ¿La amenazaron a usted o a su familia?
- ¿Lesionaron a alguien de su familia?
- ¿Tuvo usted contacto físico con ellos?

- Si lo tuvo, ¿le causaron algún daño físico?
- En ese caso, ¿la golpearon o maltrataron?
- En ese caso, ¿durante cuánto tiempo la golpearon?
- ¿Cuántos golpes le dieron?
- ¿Qué usaron para golpearla?
- ¿En qué regiones de su cuerpo?
- ¿Cómo se sintió usted en ese momento? ¿Y después?
- ¿Dejaron algún síntoma en su cuerpo?
- ¿Le pidieron los soldados que hiciera algo?
  - ¿Le pidieron a usted que saliera de la casa?
  - ¿La sacaron a una cárcel o un centro de detención?
  - ¿Adónde?
  - ¿Ocurrió algo durante el viaje?
- ¿Qué ocurrió cuando llegaron a la cárcel o centro de detención?
- ¿Cuáles eran las condiciones de reclusión? (Tamaño de la celda; número de ocupantes; cantidad y naturaleza de los alimentos; condiciones sanitarias; etc.)
- ¿Conoce los nombres de otras personas que hayan estado recluidas al mismo tiempo?
- ¿Cuándo la pusieron en libertad? ¿Cómo?

38. Se sugieren preguntas de este tipo en el **Capítulo XX, “Formulación de informes sobre los derechos humanos”, Apéndice 1, “Formulario de preguntas para entrevistas”**.

39. El entrevistador debe preguntar acerca de otros testigos o fuentes de información. Además, debe preguntar el nombre, la fecha de nacimiento, la dirección y la forma de entrar en comunicación con el testigo declarante. Como precaución de seguridad, el oficial de derechos humanos puede **conservar la información separadamente de las notas de la entrevista misma**. En consecuencia, el que eventualmente obtenga esas notas probablemente no pueda utilizarlas con facilidad para poner en peligro a la persona.

40. El entrevistador debe tratar de verificar los tipos de información sobre los cuales el testigo tiene conocimiento personal. Estas preguntas contribuyen a evaluar otras informaciones posteriores, sin dar a entender en modo alguno que se pone en duda el crédito que merece el testigo. El entrevistador también puede **formular las mismas preguntas a varias personas para determinar la concordancia de los hechos**. Pero en ningún caso debe **decir al testigo lo que han declarado otras personas**. Puede ocurrir que determinada información, aunque incoherente en ciertos sentidos, contenga elementos concordantes útiles para determinar los hechos.

41. Una entrevista se desarrollará por término medio durante no menos de 45 minutos cuando se trata de un testigo participante en los hechos. Un informante valioso, que conoce lo que ha ocurrido en el vecindario, puede requerir bastante más tiempo para obtener la información.

## F. Conclusión de la entrevista y contacto posterior

42. El entrevistador debe **preguntar al testigo si tiene alguna pregunta que hacer o estima que posee alguna otra información** que pudiera ser útil. Una vez más, debe asegurar al testigo la confidencialidad de su información. El entrevistador puede aconsejar al testigo, pero debe evitar inspirarle falsas esperanzas. Debe explicar las posibles medidas que se adoptarán en relación con el problema, siempre sin alentar expectativas de realización improbable. También puede convenir que el entrevistador revise sus notas con el testigo.

43. El entrevistador debe asegurarse de **establecer un mecanismo para mantener la comunicación** con el testigo. Puede ser posible **mantenerse en contacto** por teléfono, a través de un vínculo de confianza, un dirigente religioso u otra persona en quien tengan confianza tanto la persona como la operación sobre el terreno de las Naciones Unidas. Como mínimo, el testigo debe saber cómo ponerse en contacto con la operación de las Naciones Unidas. Siempre debe dejarse la puerta abierta para la persona que se ha puesto en contacto con la operación de modo que pueda comunicarse con un oficial de derechos humanos rápidamente en cualquier momento, para suministrar cualquier nueva información o hacer saber las amenazas o represalias a que ha dado lugar su testimonio.

44. Al final de la entrevista, puede ser conveniente que el oficial de derechos humanos organice **una reunión complementaria** con el entrevistado o un modo de encontrarse después de algunos días, a fin de contar con tiempo suficiente para comprobar las declaraciones mediante otras fuentes y de adoptar las medidas convenidas, etc.

45. El entrevistador también debe **comprobar que el entrevistado ha comprendido cabalmente las modalidades de la entrevista y lo que se requiere a continuación**, las medidas que se adoptarán, si la información se ha suministrado o no en forma anónima, y si se entablarán negociaciones o se hará alguna otra intervención ante las autoridades. Esta última precaución es indispensable porque la persona tiene el derecho de cambiar de idea durante la reunión o después de ella.

## G. Informe de la entrevista

### 1. Reconstrucción de la entrevista

46. Después de completada la entrevista, el funcionario debe **preparar de inmediato notas completas a su respecto** sobre la base de los apuntes tomados durante la entrevista y el esquema preparado anticipadamente, sobre todo si no se tomaron notas durante la entrevista. La información debe indicar los detalles necesarios para determinar lo ocurrido, cuándo tuvo lugar, dónde se produjo, quiénes participaron, qué ocurrió y por qué (véase el **Formulario de preguntas para entrevistas del Apéndice 1 del Capítulo XX, "Formulación de informes**

sobre los derechos humanos”). Cuanto más detalles contenga el informe de la entrevista, mayor será su utilidad para adoptar medidas y preparar informes más formales.

47. Los especialistas en psicología lingüística han comprobado que los métodos de evocación difieren de los métodos de comunicación. El testigo probablemente empleó durante la entrevista un método de evocación; incumbe al entrevistador convertir los materiales evocados en una exposición lógica. Al redactar el informe de la entrevista es importante que el oficial de derechos humanos organice el relato de tal modo que comunique del mejor modo posible lo que ocurrió. Por ejemplo, *los hechos normalmente deben presentarse en orden cronológico*.

## 2. Evaluación de la credibilidad

48. El entrevistador debe explicar por qué ha creído o no ha creído una versión del testigo. Los oficiales de derechos humanos, sin embargo, no deben sentirse obligados a formular un juicio definido a ese respecto. Es bastante frecuente la inseguridad acerca del crédito que merece el relato de una víctima o un testigo. Al considerar estas cuestiones, el entrevistador debe tener en cuenta varias observaciones generales a su respecto:

- a) Una persona normalmente no dedica el tiempo necesario ni asume el riesgo que supone una entrevista a menos que haya ocurrido algo grave. El entrevistador necesita **identificar la información basada en las experiencias personales** del testigo. Sin embargo, cualquier información indirecta puede ser útil como pista que conduce a otros datos pertinentes.
- b) Muchos investigadores consideran que una persona merece crédito si se expresa con firmeza y claridad. El testigo puede no haber tenido claridad ni firmeza. Puede sentirse relativamente impotente y traumatizado. La **cultura del país** puede no permitirle comunicarse tan directamente, o incluso mirar a los ojos al entrevistador mientras le habla. Sin embargo, existe probablemente un núcleo de información importante que es preciso identificar.
- c) Como se analiza más detenidamente en la sección referente a las entrevistas con víctimas de la tortura, las personas que han sido traumatizadas muchas veces padecen trastornos de la memoria y, por esta razón, no se expresan con firmeza ni claridad. Este **problema de pérdida de la memoria** se aplica a todas las personas traumatizadas y no sólo a las víctimas de tortura.
- d) El entrevistador tiene que ser paciente con un testigo que **no se muestra muy preciso sobre la cronología de los hechos**. Muchos testigos pueden carecer en su vida cotidiana del hábito de tener presente la fecha. Pueden necesitar ayuda para vincular los hechos que importan con días festivos u otras fechas destacadas que tengan fijadas en su memoria.
- e) El entrevistador debe tratar de identificar la información dada por el testigo que concuerda con la que proviene de otras fuentes totalmente independientes. Muchos investigadores consideran que un hecho no puede darse por acreditado a menos que **existan dos testimonios concordantes de testigos sin vinculación entre sí**. El crédito que merecen los testigos y la experiencia de los oficiales de derechos humanos a ese respecto puede

ser un factor importante para evaluar la veracidad de las informaciones. **Los detalles ayudan a abonar el crédito**, y el hecho de que un testigo pueda dar abundante información pormenorizada es importante. También algunos testigos pueden tener una parcialidad evidente, que debe ser tenida en cuenta en la evaluación de su veracidad.

f) El entrevistador debe registrar la información suministrada por un testigo aunque no esté seguro de su veracidad, porque esa información puede resultar útil al obtenerse otros datos.

## H. Averiguaciones complementarias

### 1. Verificación y comprobación de datos y documentos

49. El entrevistador debe **verificar los datos obtenidos mediante personas competentes**: por ejemplo, la familia de la presunta víctima, sus amigos, vecinos y otros testigos. A este respecto, el entrevistador puede visitar a las familias, los vecinos, los lugares de trabajo, escuelas, cárceles, etc. Puede examinar documentos u otros materiales (historias clínicas, certificados de defunción, constancias de salida del territorio, etc.). También puede reunir, registrar, fotografiar o reproducir la información necesaria.

50. Los oficiales de derechos humanos pueden consultar a médicos, psicólogos, psiquiatras y peritos forenses. Deben obtener las historias clínicas que sean necesarias. También deben recabar el apoyo de otras organizaciones o personas que se ocupen de la protección de los derechos humanos y que tengan conocimiento del caso o de la situación general.

51. El oficial de derechos humanos o sus superiores en la operación debe **pedir información a las autoridades competentes** (véase el **Capítulo XIX, “El seguimiento y las gestiones para obtener medidas correctivas”**). Las autoridades, a su vez, deben dar una respuesta rápida y meticulosa. A este respecto los oficiales de derechos humanos pueden sugerir a las autoridades medidas provisionales para evitar el agravamiento de la situación. Si las autoridades no facilitan la información solicitada en un plazo razonable, los oficiales de derechos humanos deben extraer sus propias conclusiones, recomendaciones y decisiones sobre la cuestión en la medida en que los materiales disponibles lo permitan. Un “plazo razonable” debe ser habitualmente de unos cinco días; pero puede abreviarse a 24 horas en una situación urgente o ser mucho más dilatada en una situación rutinaria. La operación de las Naciones Unidas debe seguir interviniendo con cortesía pero de manera firme ante las autoridades hasta que hayan facilitado una respuesta satisfactoria y hayan adoptado las medidas necesarias, o siempre que lo requiera la evolución del caso.

## 2. Seguimiento de los casos

52. Algunos testigos, como las víctimas de tortura, probablemente tengan que ser entrevistados varias veces para formular el informe a fin de que el entrevistador logre una comprensión clara y precisa de su relato.

53. Cuando sea posible, debe encomendarse el seguimiento de cada caso a los oficiales de derechos humanos que se han ocupado de él. Pero, en general, es el personal de la oficina de zona el encargado del seguimiento de cada asunto (véase el **Capítulo XIX, “El seguimiento y las gestiones para obtener medidas correctivas”**). Este principio es esencial para compensar las consecuencias de los traslados de personal y otros cambios que sufre el equipo (licencias, enfermedades, etc.). Hasta la clausura del asunto los oficiales de derechos humanos deben seguir la investigación como un “caso abierto” de presunta violación de derechos.

### I. Entrevistas con personas de “grupos especiales” que presentan características particulares

54. Los oficiales de derechos humanos deben ser conscientes de que algunas personas entrevistadas tienen características particulares, como la edad o experiencias traumáticas, que plantean problemas especiales. Además, ciertos “grupos especiales”, como los de las mujeres y los niños, pueden tener que abordarse y tratarse en forma diferente. Para el éxito en las entrevistas con esas personas se requiere preparación y algo más de paciencia.

#### 1. Víctimas de la tortura

55. Las entrevistas con víctimas de la tortura (y con testigos tan traumatizados que se parecen mucho a las víctimas) acerca de sus experiencias constituyen una labor extremadamente delicada y que nunca debe tomarse a la ligera. La entrevista de investigación puede parecerse de tal modo al interrogatorio por el torturador que puede generar temores conscientes y subconscientes en la víctima de tortura. Los entrevistadores deben ser particularmente conscientes del problema de sensibilidad y **evitar que se cause un nuevo trauma a la víctima o testigo**.

56. Aunque en este manual, para facilitar la exposición, se emplean expresiones como “víctima de la tortura”, “víctima” y “caso”, el oficial de derechos humanos debe ser consciente de que esas expresiones pueden deshumanizar y acentuar la degradación que el torturador haya tratado de imponer a la persona. *Es preciso hacer que la persona se sienta importante, y no objeto de compasión.*

57. El oficial de derechos humanos que entrevista a una víctima de la tortura debe **estar preparado para enfrentar emociones**. Debe lograr una relación de empatía con la víctima y alentarle a hablar de su experiencia traumática. Si la víctima se siente abrumada por la



emoción, el entrevistador debe mostrar una actitud de apoyo. Puede sugerir **una interrupción** de la entrevista y ofrecer agua o café. Después de dejar que el entrevistado recupere su compostura, el entrevistador debe tratar, si es posible, de orientar la entrevista *hacia temas menos perturbadores*. Debe mostrarse solidario pero teniendo presente que no es un psiquiatra profesional y que su tarea no consiste en dar tratamiento.

58. Las víctimas que padecen **trastornos postraumáticos** (sobre todo después de haber experimentado la tortura) se caracterizan por una ansiedad grave; insomnio con pesadillas de persecución, violencia, o sus propias experiencias en la tortura; y síntomas somáticos de ansiedad, fobias, suspicacia y temor. Las víctimas de la tortura también pueden sufrir efectos psíquicos de entorpecimiento, o la minimización, la represión o la negación de la experiencia. *La falta de confianza que sufre la víctima, su vergüenza, su humillación y las trabas de su memoria pueden dar lugar a declaraciones confusas y aparentemente contradictorias, así como a la incapacidad de evocar detalles.* En síntesis, las víctimas pueden ser incapaces de describir la tortura que han sufrido. En esos casos puede ser preciso basarse en otras fuentes de información (como las declaraciones de amigos y parientes) sobre la historia de la víctima y sus antecedentes. Los oficiales de derechos humanos, siempre que sea posible, deben procurar asesoramiento médico especializado.

59. El **examen médico** de las víctimas de tortura incluye generalmente los siguientes datos: 1) pulso; 2) presión arterial; 3) altura; 4) peso; 5) cualquier cambio significativo en el peso; 6) cualquier fractura de huesos, piezas dentarias, etc.; 7) estado de los músculos y articulaciones (incluyendo la tonicidad, tumefacción y flexibilidad); 8) contusiones y cicatrices; 9) evaluación general del funcionamiento intelectual y la orientación de la persona; 10) modulación de la voz que puede revelar estrés; 11) cualquier indicación sobre alucinaciones, perturbaciones del sueño, pesadillas, temores, etc.; y 12) apariencia emocional, incluyendo el llanto, las lágrimas, el temblor de los labios, la depresión, etc. Durante el examen médico debe registrarse información detallada sobre cada uno de esos temas. Como el daño neurológico debido a los golpes puede ser uno de los efectos clínicos más graves de la tortura, el médico examinador debe buscar pruebas de daños neurológicos.

60. El **daño físico, emocional y psicológico** también puede confirmarse mediante pruebas de laboratorio, radiológicas, de biopsia histopatológica y fotográficas. Para no identificar a la persona y obtener su consentimiento respecto de las fotografías, sólo deben fotografiarse las partes del cuerpo afectadas. Sin embargo, todas las víctimas de la tortura deben ser atendidas con sensibilidad respecto de los tipos de maltrato que han sufrido y las clases de pruebas que habrán de tolerar.

61. El médico investigador también puede tratar de obtener *acceso a los resultados de otros exámenes médicos o psiquiátricos* realizados en la persona antes de su detención y lo antes posible después de los presuntos maltratos. Mediante la entrevista con los médicos que participaron en esos exámenes o la lectura de sus informes, el médico investigador puede estar en condiciones de distinguir el estado clínico anterior o las lesiones autoinfligidas de las causadas por maltrato; puede *enterarse de contusiones u otros síntomas de maltrato* que pueden remitir o alterarse con el tiempo; y puede estar en condiciones de confirmar o poner en duda su propio diagnóstico.

## 2. Las mujeres<sup>6</sup>

62. Las mujeres entrevistadas pueden ser particularmente **reacias o incapaces de hablar de la violación** u otras formas de agresión sexual debido al estigma social que acompaña ese sufrimiento. Debe realizarse un esfuerzo especial para crear una relación con las mujeres que pueden haber sufrido violación u otras agresiones sexuales. Deben hacerse mayores esfuerzos para asegurar que la mujer desee ser entrevistada y comprende que las informaciones se mantendrán con carácter confidencial o sólo se emplearán en las formas que ella acepte. Debe informarse a la entrevistada de que puede negarse a responder cualquier pregunta que le resulte desagradable y puede poner fin a la entrevista en cualquier momento. Debe actuarse con extrema delicadeza al establecer los hechos básicos de la tortura u otras formas de agresión, incluyendo lo ocurrido, el momento, el lugar, los autores y la existencia de otros testigos. Una vez establecidos esos hechos, sin embargo, puede no ser necesario ahondar en los detalles de la agresión.

63. Siempre que sea posible, **la entrevista debe realizarse por una funcionaria de la operación sobre el terreno de las Naciones Unidas y también la intérprete debe ser una mujer**. Las oficiales de derechos humanos deben actuar en la entrevista con sensibilidad pero sin perder la objetividad. Deben estar alertas a los indicios de que la entrevista provoca un nuevo trauma para la testigo. Si ésta se siente abrumada por la evocación de su sufrimiento, debe interrumpirse brevemente la entrevista o suspenderla para otra oportunidad. El funcionario o la funcionaria debe ser consciente de las **diferencias culturales en la comunicación** que pueden existir al hablar con una persona extraña. Por ejemplo, una mujer puede ser reacia a mirar a los ojos de su interlocutor porque así se lo impone su propia cultura. Los oficiales de derechos humanos deben preguntar si la mujer necesita atención médica o psicológica. Sin embargo, como en toda otra entrevista, debe tenerse cuidado de evitar los ofrecimientos o promesas que no puedan cumplirse.

## 3. Refugiados y otras personas desplazadas

64. Es importante ser sensible ante el hecho de que los **refugiados y personas desplazadas sufren una fuerte tensión** debido a su falta de recursos y el alejamiento de sus hogares (y eventualmente de sus familias). El entrevistador debe determinar la situación actual del refugiado. ¿Se encuentra en peligro de ser enviado a su país o región de origen? ¿Está procurando asilo o reasentamiento? El entrevistador debe cerciorarse de averiguar dónde se aloja el refugiado (en un campamento, con una familia, etc.). Esa información es importante para las medidas ulteriores.

65. El entrevistador puede empezar por preguntar qué motivos hicieron que la persona huyera de su país o región. Esta pregunta puede llevar a una conversación sobre las infracciones de derechos humanos sufridas por el refugiado. El entrevistador debe lograr una relación de empatía, no sólo respecto de la experiencia del refugiado como víctima o testigo de

<sup>6</sup> Véase ACNUR, *Guidelines on the Protection of Refugee Women* (1991); y ACNUR, *Sexual Violence against Refugees, Guidelines on Prevention and Response* (1995), págs. 32 a 34 y 38 a 41.

violaciones de derechos humanos, sino también con sus sentimientos de incertidumbre, desplazamiento y pérdida de control.

66. La corroboración del testimonio de los refugiados y las personas desplazadas plantea un problema especial, porque puede no resultar posible visitar su país o región de origen. Por ello es de especial importancia examinar el testimonio del entrevistado para **verificar sus detalles y su veracidad**. También puede procurarse corroboración a través de la entrevista con otros refugiados o personas desplazadas provenientes de la misma región.

#### 4. Los niños<sup>7</sup>

67. La percepción del mundo que tiene un niño es muy diferente de la de un adulto. El entrevistador debe tener presente esa diferencia y debe **abordar la entrevista de distinto modo según la edad, la madurez y la comprensión del niño**. Suele ser necesario emplear un lenguaje más sencillo y destinar más tiempo a desarrollar una relación con el niño al que es preciso entrevistar. Si hace falta un intérprete, conviene que el oficial de derechos humanos encuentre un intérprete capacitado para tratar con niños o habituado a hacerlo. Puede ser particularmente útil explicar con más detenimiento la función del oficial de derechos humanos, el procedimiento de la entrevista y la necesidad de formular ciertos tipos de preguntas. El oficial de derechos humanos debe alentar al niño a hacer preguntas durante la entrevista y a que manifieste que no ha entendido alguna pregunta o las razones que llevan a formularla. El oficial de derechos humanos debe contar con que la entrevista requerirá paciencia y más tiempo que el habitual. Debe estar atento a los indicios de que el niño se vuelve ansioso o se siente abrumado. Puede ser preciso interrumpir la entrevista, suspenderla o postergarla para otro día. (Para más informaciones véase también el **Capítulo XII, “Derechos del niño”**).

68. Además de entrevistarse con el niño, el funcionario debe (si es posible) **hablar con sus familiares y miembros de su comunidad**, maestros u otras personas que se hayan ocupado de él. También puede ser útil procurar el asesoramiento de personas con experiencia para comprender la perspectiva del niño.

#### 5. Poblaciones rurales

69. Del mismo modo que los miembros de grupos indígenas, las personas habituadas a un estilo de vida rural pueden tener *una concepción diferente del tiempo*. Es importante aclarar las declaraciones que se refieren a fechas y horas. La fecha precisa puede tener escaso significado, por lo que es importante que el entrevistador recurra a un marco de referencia familiar. Por ejemplo, puede preguntarse si los hechos ocurrieron antes o después de la temporada de siembra.

70. También es importante no perder de vista que las personas *pobres, poco instruidas o vulnerables por otros motivos pueden carecer de confianza y ser reacias a comunicar informaciones*. Las organizaciones locales de defensa de los derechos humanos pueden ayudar tratando de tranquilizar a los entrevistados que tienen miedo de suministrar informaciones.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Puede encontrarse más información sobre los derechos particulares del niño en el **Capítulo XII, “Derechos del niño”**.

<sup>8</sup> Daniel J. Ravindran, Manuel Guzmán y Babes Ignacio (comps.), *Handbook on Fact-Finding and Documentation of Human Rights Violations* (1994), pág. 41.

## 6. Comunidades indígenas

71. Las comunidades indígenas pueden tener un estilo de vida muy diferente del resto de la sociedad o del país, y –desde luego– que el investigador. El entrevistador debe ser sensible y respetuoso respecto de las diferencias de idioma, los métodos de comunicación, el sentido del tiempo y la estructura social. Si es posible, debe informarse acerca de la cultura propia del grupo indígena y sus costumbres antes de la entrevista.

## 7. Sectores de bajos ingresos

72. Los sectores de bajos ingresos, incluyendo a los habitantes de barrios de tugurios, precaristas y en general las personas que viven en la pobreza, también pueden tener concepciones y perspectivas diferentes de las del personal de las operaciones sobre el terreno en materia de derechos humanos. Los pobres pueden tener expectativas nada realistas de mejoramiento de su nivel de vida como consecuencia de la operación de las Naciones Unidas, y con igual facilidad pueden desconfiar por completo ante una injerencia en sus comunidades que no han solicitado. El personal que trabaja sobre el terreno debe actuar con sumo cuidado para advertir y reconocer puntos de vista que, a primera vista, pueden parecer difíciles de desentrañar. Por ejemplo, una comunidad de ocupantes sin título (aunque hayan ocupado las tierras respectivas durante muchos decenios) puede albergar sospechas ante un trabajador de derechos humanos que le hable de inmediato de cuestiones de derecho. También las diferencias, muchas veces enormes, que existen entre el funcionario y las personas pertenecientes a sectores de bajo nivel económico en cuanto a sus ingresos y sus oportunidades pueden dar lugar a obstáculos importantes cuando se trata de lograr una colaboración fructífera.

## 8. Funcionarios gubernamentales y presuntos autores de violaciones de derechos

73. La **entrevista con autoridades** es muy distinta de la entrevista con víctimas o testigos de violaciones de derechos humanos, y **requiere al mismo tiempo diplomacia y una planificación cuidadosa**. El entrevistador debe indagar sobre las declaraciones sin mostrar una actitud demasiado polémica. Debe mantener la cortesía y formular sus preguntas sin prejuicio. Cuanto más importante sea la entrevista, más cuenta su preparación. El entrevistador, como se indicó antes, debe **preparar una lista de preguntas** e incluso debe plantearse cuidadosamente el orden de esas preguntas. Ese orden no debe seguirse con demasiada rigidez, porque será más importante responder a las informaciones suministradas por el funcionario oficial y formular preguntas complementarias. Si es posible, debe entrevistarse a funcionarios gubernamentales *después de que la operación sobre el terreno de las Naciones Unidas sobre derechos humanos ha reunido un volumen importante de información, pero con tiempo para obtener más materiales*. Este método permite que el gobierno dé explicaciones de las declaraciones hechas por víctimas y testigos y permite a la operación de las Naciones Unidas hacer otras averiguaciones acerca de las respuestas del gobierno.

74. Puede plantearse una situación difícil cuando durante una entrevista con una persona el entrevistador llega a la conclusión de que el entrevistado tiene o ha tenido participación personal en persecuciones contra terceros. Esta hipótesis debe analizarse anticipadamente, de modo que el entrevistador disponga de un plan para el caso de que se suscite tal situación. En general es importante recoger las informaciones que suministra la persona e incluirlas en el informe de la entrevista. Algunas veces, un funcionario gubernamental puede proporcionar información invaluable acerca de infracciones de los derechos humanos.



## EJERCICIOS

Los hechos que pueden suscitar una violación a la ley surgen de narraciones dinámicas con la mínima información para que la o el investigador pueda evaluar escenarios posibles de hechos jurídicamente relevantes. La información insuficiente puede carecer de hechos relevantes mientras que la narración excesiva puede ocultar estos hechos tras una marea de información.

Tenga en mente que aún no se han determinado hechos jurídicamente relevantes para este caso, sino que se intenta asegurar tener una narración que permita indagar sobre estos hechos.

### Entrevista 1

La peticionaria P refiere que su hermano M se encuentra interno en el reclusorio R (dormitorio X, anexo Y).

El 1º de enero de 2007, el sobrino de la peticionaria S visitó al interno M. Al terminar la visita, S se percató que algunos internos le quitaron a M. los zapatos, la camisa y los alimentos que le entregó. M le dijo a S que desconoce los nombres de los internos pero los puede identificar. Además, continúa recibiendo amenazas de atentar contra su integridad.

Tome lápiz y papel y responda a las siguientes preguntas:

1. Los hechos descritos ¿le permiten fijar sucesos, actores, lugares, en momentos específicos de un periodo? Intente hacer una línea temporal.
2. De la narración de los hechos, ¿cuáles derechos han sido probablemente violados?
3. Con base en los hechos descritos qué pasos daría usted para reunir la información indispensable para obtener una narración capaz de proporcionar hechos jurídicamente relevantes?

4. Si usted investigara este caso, ¿podría elaborar una guía de entrevista para hablar nuevamente con la peticionaria P? ¿Cree que es prudente entrevistar nuevamente a la peticionaria personalmente?
5. Si usted investigara este caso, ¿podría elaborar una guía de entrevista para el interno M?
6. Una vez que ha elaborado las guías de entrevista para la peticionaria y su hermano, evalúe las siguientes preguntas y diga para cada una a cuál de los posibles actores involucrados en estos hechos deben formularse estas preguntas:
  - a) ¿Ha denunciado las amenazas que recibe?
  - b) ¿Conoce a los internos que lo amenazan?
  - c) ¿Qué medidas de seguridad deben adoptarse para salvaguardar la integridad del interno?
  - d) ¿Desea denunciar los hechos ante las autoridades?
  - e) ¿Ha recibido agresiones o sólo amenazas?
7. ¿Considera adecuado aventurarse a interpretar las intenciones del peticionario? ¿En qué debe basar la decisión sobre los intereses del peticionario?
8. En este punto, ¿considera que se mantienen las mismas violaciones que anticipó en un principio o que existen algunas otras?

### Entrevista 2

Usted recibe un escrito de queja del que se desprenden las siguientes aseveraciones:

1. Tres peticionarios, A, B, C.
2. Los tres son miembros activos de la policía preventiva del Distrito Federal.
3. La narración comienza el día 1º de enero de 2007.
4. Ese día los peticionarios realizaban las labores habituales de patrullaje.
5. Los peticionarios viajaban a bordo de la unidad 007.
6. A las 21:15 horas patrullaban Circuito interior y la esquina con Paseo de la Reforma.
7. Los peticionarios ven un auto marca Explorer, placas 3BGCXB1, con vidrios polarizados y deciden acercarse para revisarlo.
8. El auto acelera sobre Circuito interior entrando a la demarcación territorial II.
9. Otra patrulla de esa demarcación persigue a los peticionarios. Calles más adelante se indica "le solicité que se detengan" (*sic*).
10. Los peticionarios no saben la placa de la patrulla de la demarcación territorial II.
11. Los peticionarios informan a la patrulla de la persecución.
12. Los peticionarios pensaron que la nueva patrulla estaba en supervisión de mando.
13. De la patrulla de la demarcación II bajan dos policías.
14. Los policías solicitan a los peticionarios esperar a un mando superior.
15. Dos o tres unidades aparecen después de dos o tres minutos.
16. Se presenta el jefe "Zorro" (de asuntos internos) junto con otros policías.
17. "Zorro" y sus colegas detienen a los tripulantes del auto perseguido.
18. "Zorro" ordena a "Plata" que detenga a los peticionarios y les quita las armas y chalecos.
19. Los peticionarios fueron llevados a las unidades del sector, y otros policías abordan sus unidades.
20. A las 21:35 los peticionarios bajan de las unidades e ingresan al auditorio del sector.
21. Los peticionarios permanecen agachados llevados adonde está el pizarrón.

22. Los escoltas del "Zorro" preguntan a qué se dedican los peticionarios.
23. Los policías golpean a los peticionarios en todo el cuerpo, con el puño cerrado.
24. Los policías despojan a los peticionarios de relojes, teléfonos celulares, cartera, dinero, cadenas de oro y plata e identificaciones.
25. Los policías arrastran a los peticionarios a los baños del aula, los arrodillan, los golpean y les meten la cabeza en el mingitorio.
26. Los policías les gritan a los peticionarios: "díganos lo que queremos escuchar. Echaste la mano a lo que le pegas".
27. Los peticionarios explican que dieron alcance a una unidad sospechosa.
28. Los policías les cierran los ojos a los peticionarios con cinta canela en la oficina del director.
29. Los peticionarios están acostados bocabajo y los policías los golpean a la altura de la cintura.
30. El director de asuntos internos golpea a los peticionarios gritando que "no nos hiciéramos pendejos".
31. Un policía sube a la cabeza de los peticionarios y otro a la altura de la cintura, con los pies a lo largo, dicen "abre los ojos para que veas lo que te vamos a hacer" (*sic*).
32. Los policías meten agua por la nariz del peticionario.
33. El jefe "Zorro" mete alcohol por la nariz a otro peticionario.
34. El día siguiente, a las 3:45 horas, son trasladados al séptimo piso de la Secretaría de Seguridad Pública llegando a las 4:00 horas.
35. A las 9:00 horas toman declaraciones a los peticionarios sin oportunidad de hablar con una persona de confianza o abogado.
36. Se decreta una supervisión provisional a los peticionarios.

Tome lápiz y papel y conteste a las siguientes preguntas:

1. Inicie el ejercicio haciendo caso omiso de los alegatos de maltrato formulados por los peticionarios. Si usted estuviera investigando este caso, proponga los contenidos de una guía de entrevista para uno de los peticionarios que le permita contestar estas preguntas:
  - a) ¿Quién? ¿Qué? ¿Dónde? ¿Cuándo? ¿Cómo? ¿Por qué?
  - b) ¿Cuáles son los intereses que el peticionario desea proteger al acudir a la CDHDF?
  - c) ¿Sería correcto asumir que existen riesgos para la integridad física del peticionario?
2. Señale 10 ejemplos de información que le gustaría que el peticionario (u otro testigo) le proporcionara para completar una narración coherente.
3. Especifique las medidas que es menester tomar antes de entrevistar al peticionario. ¿Qué investigación jurídica llevaría a cabo para prepararse? ¿Cómo podría elaborar una investigación de hechos antes de la entrevista?
4. De ejemplos concretos de puntos en la historia de los peticionarios que sea necesario confrontar con ellos por presentar aparentes contradicciones o sombras. ¿Cómo cree que podría formular estas preguntas para no dirigir las respuestas del peticionario?
5. Asumiendo que el caso fuera tomado por la CDHDF, ¿puede enlistar fuentes de información a las que podría tener acceso sin la intervención del peticionario? ¿A qué fuentes de información podría tener acceso sin la colaboración de las autoridades?
6. ¿Cómo cambiarían sus respuestas a esta pregunta si se hubieran iniciado procesos jurisdiccionales o cuasijudiciales además del que condujo a la suspensión de los peticionarios?



7. ¿Puede señalar algunos hechos en la descripción presentada para valorar la credibilidad de los peticionarios como testigos? ¿Puede formular algunos ejemplos de preguntas cruzadas que podría presentar a uno de los peticionarios para cerciorarse del nivel de detalle con que recuerda los hechos?
8. Atienda ahora a los alegatos de maltrato de los peticionarios. ¿Puede formular una lista de datos que podrían ser importantes para decidir el futuro de esta queja?
9. Los hechos descritos no son suficientes para definir cuál de los peticionarios es víctima de los tratos específicos descritos. ¿Cómo podría el entrevistador preguntar de qué tipo de maltrato fue objeto? Considere que los hechos narrados pueden representar una situación traumática para los peticionarios.
10. ¿Qué factores pueden incidir en su decisión de grabar la voz del peticionario durante la entrevista?
11. ¿Cree que sea necesario investigar el historial disciplinario de los peticionarios? ¿Cree que sea conveniente averiguar el tiempo que llevan adscritos a X demarcación territorial?
12. Si la respuesta a la pregunta "¿Alguien se dio cuenta de que los estaban golpeando?" fuera afirmativa, ¿cuál sería su siguiente línea de preguntas?
13. Imagine que el peticionario señala a un testigo potencial. ¿Puede formular una guía general de entrevista para esta persona? ¿Cómo afectaría la guía de la entrevista el hecho de que los peticionarios son testigos potenciales entre sí?
14. Ana es una abogada joven incorporada recientemente al equipo de trabajo de una visitaduría de la CDHDF. Para responder a estas preguntas, piense qué recomendaciones puede hacerle con base en las lecturas de este módulo si se encuentra en las situaciones descritas.  
Ana sostendrá su primera entrevista con una persona que se queja de haber sido golpeada por funcionarios públicos que portan uniforme. Con base en una escueta descripción de los hechos en el acuerdo de admisión y calificación de la queja, Ana prepara un cuestionario:
  - a) Fecha, hora y lugar del suceso
  - b) Modo en que fueron inflingidas las lesiones
  - c) Identidad de los agresores
 Para orientar a Ana, ordene las recomendaciones siguientes calificándolas en una escala de 1 a 4, según el grado de pertinencia (1 = menos pertinente, 4 = más pertinente):
  - a) Ana debe procurar aplicar estas preguntas tan pronto como llegue el peticionario a la entrevista
  - b) Ana no debe formular estas preguntas porque ya han ido recabadas en la entrevista inicial
  - c) Ana debe permitir que el peticionario relate los hechos sin hacer preguntas
  - d) Las preguntas de Ana deben formularse después de un relato general del peticionario
15. Asumiendo que el ataque que sufrió el peticionario fue más o menos leve, ¿cuál de estas preguntas sugiere que Ana formule? Márquelas con calificaciones de 1 a 4, según la pertinencia (1 = menos pertinente, 4 = más pertinente):
  - a) ¿Sabe por qué lo agredieron
  - b) ¿Hizo usted algo para provocar la agresión?
  - c) ¿Cree que el oficial actuó de modo proporcional?
  - d) ¿Sus heridas son consecuencia del ataque?
16. Asumiendo que el peticionario agraviado no pueda ser una fuente de información para identificar a los probables agresores, ¿cuál de las siguientes opciones es preferible?

- a) Ana no puede fijar la competencia de la CDHDF porque no es siquiera razonable asumir que los agresores son funcionarios de una autoridad local.
  - b) Ana debe aplicar un criterio de oportunidad y concluir la queja con base en la imposibilidad de identificar a los agresores.
  - c) Ana debe girar oficios a las corporaciones policiales locales para al menos confirmar si alguna podría haberse encontrado patrullando el área donde el peticionario alega haber sido atacado.
  - d) Ana debe requerir al peticionario que aporte más datos en un plazo determinado, o si no, el caso será cerrado.
17. Ana sabe que en todos los casos puede haber una probabilidad de riesgo por la seguridad del peticionario. ¿Cómo sugiere que Ana haga frente a esta situación? Califique las respuestas de 1 a 4 (1 = menos pertinente, 4 = más pertinente):
- a) Ana debe valorar por sí misma si el peticionario puede estar en riesgo, dependiendo de la gravedad de los hechos que reporta.
  - b) Ana debe aceptar la valoración que el peticionario haga sobre su propio riesgo.
  - c) Ana debe asegurar al peticionario que la CDHDF garantizará su seguridad.
  - d) Ana debe limitarse a explicar al peticionario los riesgos del caso.
18. Imagine que el peticionario explica a Ana una versión de los hechos que no coincide del todo con la explicación que aparece en el acuerdo de admisión. ¿Qué puede recomendarle a Ana?
- a) Ana debe confrontar al peticionario para que explique las contradicciones.
  - b) Ana debe pedir al entrevistado que elija entre ambas versiones.
  - c) Ana debe narrar al peticionario su comprensión de los hechos y solicitarle que aclare los segmentos que no están claros.
  - d) Ana debe advertir al peticionario que estas contradicciones le generan dudas sobre su credibilidad
19. Ana quiere mostrar respeto por la vida privada del peticionario y no quiere indagar sobre aspectos que puedan no ser relevantes para el caso. Con esa intención Ana piensa que debe excluir algunos elementos de la entrevista.
- a) ¿Debe abstenerse de preguntar al peticionario si tiene relación personal con los agresores?
  - b) ¿Debe abstenerse de indagar sobre los detalles de esa relación?
  - c) ¿Debe aceptar cualesquiera detalles que el peticionario desee compartir?
  - d) ¿Debe confrontar al peticionario con datos que puedan sugerir deshonestidad de su parte respecto de la participación de la persona señalada?
  - e) ¿Considera pertinente preguntar sobre la vida privada del peticionario?
20. Ana quiere asegurarse de que la entrevista le permita obtener la información de mayor calidad. Para lograrlo ha pensado en varias alternativas:
- a) Videgrabar la entrevista.
  - b) Grabar la entrevista.
  - c) Tomar notas durante la entrevista.
  - d) Tomar notas después de la entrevista.
- Si Ana y la CDHDF no tuvieran limitación alguna de recursos
- a) Después de elegir, ¿cambiaría en algo si el peticionario no estuviera de acuerdo con esta petición?
  - b) ¿Cómo organizaría en orden de pertinencia estas cuatro posibilidades?
  - c) ¿Cambiaría esta preferencia como consecuencia de la gravedad de la denuncia? ¿Cómo?

- d) ¿Cambiaría el orden si hubiera razones para temer por la seguridad del peticionario? ¿Cómo?
- e) ¿Cambiaría la situación si Ana tuviera alguna dificultad para escribir?
21. Para terminar la entrevista, ¿cuál de las siguientes posibilidades de Ana es más adecuada? Ordénelas calificándolas de 1 a 4 (1 = menos pertinente, 4 = más pertinente)
- a) Pedir al peticionario datos de otras personas que puedan tener información del incidente
- b) Confrontar y citar a declarar a los colegas del peticionario señalados como responsables de los abusos
- c) Decirle al peticionario cuáles son los pasos a seguir en la investigación.
- d) Valorar lo narrado por el peticionario y con base a ello definir el paso a seguir.
22. Ana es una excelente abogada. Sin embargo, como ella misma admite, sus prejuicios nublan su objetividad con frecuencia. ¿Cuál de las siguientes le parece menos adecuada para la labor de investigación de Ana?
- a) Asentir con la cabeza mientras el peticionario emite juicios de valor
- b) Tomar notas extensas durante la entrevista
- c) Fruncir la cara mientras el peticionario narra su historia
- d) Referirse con frecuencia a la evidencia directa, el riesgo de improcedencia de la queja y la dificultad de que un agente del ministerio público acredite el cuerpo del delito por una denuncia como la que el peticionario presentía.



## AUTOEVALUACIÓN

1. De acuerdo con Sierra, la retroalimentación en una entrevista:

- a) Es imposible dado el carácter unilateral de dirección de la o el entrevistador
- b) Depende de la capacidad de la o el entrevistador de desarrollar sus capacidades de percepción
- c) Depende de la nitidez de las señales de la o el entrevistado
- d) Puede ignorarse a menos que se trate de reconstruir una historia de vida

2. Según el mismo autor, ¿cuál de los siguientes no es un lenguaje no verbal?

- a) Contacto visual
- b) Barreras del contexto
- c) Apariencia
- d) Contacto físico

3. ¿Qué técnica se caracteriza por las preguntas cerradas?

- a) Entrevista cualitativa
- b) Entrevista a grupos de enfoque
- c) Historias de vida
- d) Encuesta

4. Durante la entrevista, según el *Manual de fiscalización*, las preguntas específicas deben:

- a) Ser intentadas al inicio de la entrevista
- b) Esperar a que el entrevistado cuente su historia
- c) Ser dirigidas
- d) Reservarse para el final de la entrevista

5. De acuerdo con Sierra, la entrevista periodística:

- a) Es históricamente contemporánea de la entrevista psicológica
- b) Tiene limitaciones análogas a las de la entrevista de investigación
- c) Permite total libertad al periodista para su conducción
- d) Ninguna de las anteriores

6. En la perspectiva estructural:

- a) El diseño de la entrevista debe preceder a su aplicación
- b) Un error en el diseño pone en riesgo el éxito de la investigación
- c) Se guía por la concepción de la o el entrevistado como fuente de información
- d) Ninguna de las anteriores

7. No disminuye el valor de los testimonios:

- a) Si los testigos narran su experiencia personal
- b) Si los testigos evidencian imprecisiones
- c) Si los testigos dudan o carecen de contundencia
- d) Todas las anteriores

8. De acuerdo con el *Manual de fiscalización*, las entrevistas a mujeres tienen peculiaridades que las diferencian de otras entrevistas porque:

- a) Deben ser conducidas por mujeres
- b) Deben ser conducidas por mujeres si las entrevistadas han sido víctimas de violencia sexual
- c) Deben considerar las diferencias culturales
- d) Todas las anteriores

9. Según el *Manual de fiscalización*, las entrevistas a niños:

- a) Son especiales en virtud del grado de desarrollo de la persona entrevistada
- b) Los padres de la o el niño deben estar presentes
- c) No se recomienda que la o el niño haga preguntas durante la entrevista
- d) Todas las anteriores

10. Según el *Manual de fiscalización*, las entrevistas con funcionarios públicos o personas que pre-suntamente han cometido violaciones:

- a) Se caracterizan porque el entrevistador tiene una libertad mayor para antagonizar con la o el entrevistado
- b) Se caracteriza porque el entrevistador debe permitir al entrevistado una lista de preguntas con antelación
- c) No presenta divergencias significativas respecto de otras entrevistas
- d) Todas las anteriores

## MÓDULO II

# Método y técnicas de investigación para la defensa de los derechos humanos

### OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Contar con los conocimientos que permitan delimitar el problema denunciado y plantear una investigación destinada a saber si la violación ocurrió y, en su caso, a plantear y argumentar las consecuencias de la misma.
- Conocer las técnicas más pertinentes para adecuar las normas nacionales e internacionales a la construcción de la hipótesis así como para fundar y motivar las violaciones a los derechos humanos.
- Tener los elementos que permitan la recolección de evidencia a través de distintas aproximaciones a los hechos presuntamente violatorios, su codificación y análisis para la generación de conclusiones y recomendaciones sólidas, motivadas y fundadas.





## SÍNTESIS

### El hecho como objeto de la prueba

Tradicionalmente, se estima que la función de la prueba es "establecer la verdad de uno o más hechos relevantes para la decisión" (Taruffo, p. 137). Sin embargo, esta concepción presenta diversos tipos de problemas. Primero, el proceso está regulado por un contexto jurídico insoslayable. De modo más importante, el propósito de la prueba no es determinar la existencia del hecho en sí mismo, sino en la medida en que este condiciona la aplicación de una regla. Es imposible separar al hecho del derecho. Así, "en el proceso los hechos de los que hay que establecer la verdad son identificados sobre la base de criterios jurídicos" dictados por las normas aplicables a la controversia (Taruffo, p. 139). Debe subrayarse, además, que la reducción de hecho no admite definiciones fáciles.

### La individualización del hecho

"Ninguna proposición descriptiva es apta *a priori* para captar y agotar el 'hecho'; ni siquiera se puede sostener que éste pueda ser descrito completamente por una serie, incluso extensa, de proposiciones". Esto implica que un hecho puede descomponerse cualitativamente en pedazos de información sobre una situación particular (Taruffo, p. 141), o descomponer cuantitativamente para alcanzar un mayor grado de detalle. Al combinar ambos tipos de descomposición, resulta difícil imaginar que pueda haber sólo una descripción "objetiva" (Taruffo, p. 142).

Ante esta complejidad, el problema radica en determinar qué constituye el "hecho" sobre el que recae el marco jurídico aplicable a la controversia. La decisión jurídica relevante constituye el contexto de la individualización del hecho teórica y concretamente. La decisión no es sólo el contexto, sino especialmente "el procedimiento que concluye con la decisión y que comprende la deducción, la admisión y la asunción de las pruebas" (Taruffo, p. 144).



## La relevancia jurídica

"La actividad mediante la que se instituye la correspondencia entre hecho y norma a los efectos de la decisión, y se identifica el hecho jurídicamente relevante, escapa al modelo silogístico que no está bien fundado pero sigue inspirando el 'sentido común' de los juristas. Esa actividad escapa también a los análisis que se concentran sobre la lógica de las normas y del razonamiento sobre normas, que –como sucede a menudo– olvidan tomar en cuenta que habitualmente las normas se aplican a hechos que es necesario identificar y definir para saber si se aplican y cuándo se aplica una norma" (Taruffo, p. 147). La construcción del caso es un proceso donde el juez, a través de hipótesis sucesivas, determina que "el problema fundamental resulta, entonces, el de las elecciones que el juez debe formular para fundar las premisas de la decisión" (Taruffo, p. 149). En realidad, el hecho sobre el que gira la controversia resulta de decisiones que incluyen elementos valorativos.

Así, esta decisión define que hechos "son los que constituyen el objeto de las pruebas". Existen pues, dos decisiones: 1) cuáles son los hechos que deben ser probados (determinados por el conocimiento de la norma) y, 2) cómo se determinan (lo que afecta al conocimiento del hecho). La determinación de los hechos jurídicamente relevantes es un proceso dinámico.

## La identificación normativa

La relevancia jurídica presenta un problema clave: la manera en que las normas individualizan los hechos calificados como relevantes. Primero, los hechos relevantes no se presentan en la norma como los hechos objetivos sino como una 'construcción' lingüística y conceptual" (Taruffo, p. 154). El hecho está definido mediante el discurso normativo.

Una segunda dificultad radica en que el hecho no está definido en el lenguaje ordinario sino en el jurídico. Este segundo prevalece en la individualización de los hechos. El lenguaje común tiene lugar sólo cuando no existe una definición jurídica. Esta relación es contingente.

## Hechos y enunciados sobre hechos

Cabe aclarar que dentro del proceso ingresan no hechos materiales sino enunciados respecto de esos hechos. No debe olvidarse que no todo enunciado sobre el hecho es una descripción rigurosa y estricta. Más aún, los enunciados que ingresan al proceso pueden pretender describir el hecho y ofrecer un juicio valorativo sobre él. Es necesario distinguir con cuidado ambas funciones del lenguaje.

Pero existen circunstancias del "mundo material sobre las que versan las delegaciones" y por otro lado "supuestos de hecho". Las primeras se refieren a sucesos concretos, particulares; las segundas son en realidad una categoría, una clase de hechos.

## Hechos principales y hechos secundarios

Hechos principales son las circunstancias que podrían dar lugar a las consecuencias normativas del supuesto. Otro conjunto de hechos toca las premisas que pueden emplearse en la deducción de los

hechos principales. Existen además los hechos que no son jurídicamente relevantes, que constituyen una "reserva de hechos" y que podrán entrar en juego en la decisión concreta en el grado en que se modifiquen los criterios de relevancia.

Es fundamental admitir que la clasificación de los hechos en un caso es un proceso dinámico y "deriva de una suerte de síntesis de las distintas presiones" de los diversos actores del proceso de los hechos relevantes (Taruffo, p. 172). La aplicación de las clasificaciones de hechos en las situaciones concretas puede resultar difícil. En realidad es funcional sólo si asumimos una noción de individualización simple de los hechos.

### **Identificación valorativa del hecho**

"La forma más elemental mediante la que una norma determina valorativamente un hecho consiste en no configurarlo como jurídicamente relevante en sí mismo, sino sólo en la medida en que se sitúe en un contexto de valores" (Taruffo, p. 176). La dificultad de la aplicación de estas identificaciones valorativas radica en que el objeto de la prueba del proceso es sólo la circunstancia, el suceso, pero no la valoración necesaria para cumplir el supuesto normativo. Podemos probar que existe un daño pero no podemos probar directamente que ese daño es "grave".

La problemática de estos enunciados puede explicarse así: primero, todo juicio de valor es relativo a un sistema de valores, siendo absolutamente relevante la actitud del tomador de decisiones. Más aún, la norma puede ser omisa respecto de la formulación del juicio de valor sobre el hecho concreto (norma abierta). El juicio de valor funciona en realidad como un criterio de relevancia "dado que el hecho empírico es asumido en el supuesto de hecho normativo en la medida en que es valorado según ciertos parámetros axiológicos" (Taruffo, p. 181).

Otro problema radica en que la misma norma que describe el juicio de valor puede tener impacto sobre la individualización de la base empírica. La norma puede hacer referencia a una valoración negativa (como un hecho contrario a las buenas costumbres) o a conceptos jurídicos indeterminados como la buena fe, como la diligencia del buen padre de familia. En cualquier caso, las normas que incorporan juicios de valor requieren de hechos empíricos para funcionar.

### **Identificación negativa del hecho**

El problema que presentan los hechos negativos se refiere a la dificultad de su prueba. Aunque en algunas ocasiones está disponible una prueba directa (por ejemplo, un testigo de la situación que pueda aseverar que dicho incidente no ocurrió), a menudo deberá recurrirse a elementos lógicos. Para probar la inexistencia de un hecho puede recurrirse a la coartada, por ejemplo. Sin embargo a menudo, será necesario transformar el propósito de la prueba en términos de un hecho positivo.

### **Hechos complejos**

Los hechos complejos pueden estar integrados por varias partes, son hechos extendidos a lo largo del tiempo. A medida que avanza la complejidad del hecho, se reduce la certeza sobre qué constituye

exactamente el objeto de la prueba. En realidad, el hecho complejo debe ser reducido a hechos simples, o de lo contrario no puede ser probado (Taruffo, pp. 194-195). Un recurso puede ser la prueba por muestreo que evidencia un momento del hecho y extrapola la prueba a lo largo del periodo relevante. Otro recurso es la prueba por falta de prueba contraria.

## Hechos psíquicos

En ocasiones, la prueba de hechos psíquicos, como la voluntad del sujeto, puede transformarse fácilmente en instancia de prueba directa. Aunque éste no será siempre el caso, es importante reconocer que el propósito de la prueba de los hechos psicológicos son "indicios típicos" que permiten determinar la existencia del hecho psíquico.

## Verdad, verosimilitud y probabilidad

### *La verdad en el proceso*

¿Qué entendemos por verdad en el ámbito del proceso? ¿Podemos decir que en el proceso la verdad es la correspondencia "de las aserciones referidas a los hechos del mundo empírico" (Taruffo, pp. 216-218)? Podemos pensar también en la verdad contextualizada. En esta noción de verdad, el factor más importante es la coherencia interna de las narraciones (Taruffo, pp. 219-222).

Otra alternativa es concebir a la verdad como consenso. Frente a la diversidad de las versiones de verdad, el argumento empírico supone que se cancela la posibilidad de conocer la verdad absoluta. Sin embargo, se puede superar el argumento escéptico reconociendo "que es posible la determinación verdadera de los hechos, siempre que se dé al término 'verdad' un significado aceptable bajo el punto de vista epistemológico" (Taruffo, p. 227). Aunque logremos superar el argumento escéptico, ello no implica que podamos superar la noción de verdad absoluta como absoluta correspondencia entre la determinación judicial en los hechos del mundo real. Sin soslayar la relevancia del debate de la verdad como correspondencia, baste decir que para el proceso es posible hablar de una verdad relativa. Es el único significado que el proceso puede admitir como verdad.

### *Verosimilitud*

La verosimilitud se usa para establecer "la aproximación de la representación al objeto representado" y decimos que es verosímil el cuadro que "presenta bastante fielmente un determinado objeto" (Taruffo, p. 233).

Es necesario distinguir entre "grados de similitud a lo verdadero y grados de certeza"; un cuadro puede ser "realista sin ser verdadero". Verdad y probabilidad se refieren a "la existencia de elementos que justifiquen la cercanía en lo verosímil. Debe insistirse en que la verdad o probabilidad de una proposición fáctica nada tiene que ver con el concepto de verosimilitud". Por otro lado, la verosimilitud funciona para calificar una hipótesis de plausible, según el orden normal de las cosas, cuando la hipótesis no ha sido sujeta a verificación (Taruffo, p. 236).

## *Probabilidad cuantitativa*

### *Teorema de Bayes*

"La probabilidad es la medida de la incertidumbre de un fenómeno del que no se puede predicar la falsedad (o inexistencia) y la verdad absoluta (o existencia)" (Taruffo, p. 241).

La teoría, en su vertiente subjetiva, "pretende racionalizar el convencimiento acerca de la eventualidad de que un determinado evento se verifique o se haya verificado" (Taruffo, p. 241). Este aspecto de la teoría ha desembocado en el teorema de Bayes, que permite aplicar las leyes de la probabilidad a la situación del juez que valora una prueba de hechos. El propósito es establecer la frecuencia probable de X "dentro de una clase determinada de eventos, teniendo en cuenta la distribución precedente de X en esa clase". La aplicación de esta teoría se hace mediante un cálculo matemático cuya complejidad aumenta a la par de la complejidad de las relaciones entre los elementos.

El teorema de Bayes ha sido objeto de varias observaciones. Éste no hablará sobre casos concretos sino sobre "el cálculo de probabilidad de un evento de un cierto campo de fenómenos" (Taruffo, p. 247).

Otra objeción al empleo del teorema de Bayes radica en que no siempre será posible tener la probabilidad previa de incidencia de un hecho determinado. Esta es una condición de aplicación del teorema. Otra objeción importante radica en el hecho de que la probabilidad previa empleada para el cálculo de Bayes puede no ser relevante: el testigo que afirma haber visto un autobús azul no puede ser evaluado según la probabilidad de autobuses azules que haya en una zona (Taruffo, p. 249). También se ha objetado que la ausencia de probabilidades previas para aplicar el cálculo de Bayes implica sólo la ausencia de validación de la hipótesis y no su falsedad.

### *Otras teorías cuantitativas*

Una alternativa al problema de Bayes es el modelo del valor de la evidencia (*evidentiary value model*). Este modelo pretende establecer "el grado de probabilidad en que los elementos de prueba disponibles confirman una hipótesis sobre el hecho" (Taruffo, pp. 254-255). Al igual que el teorema de Bayes, este cálculo se funda en datos que a menudo no existen.

Schafer ha propuesto alguna solución al problema de la combinación de elementos de prueba. Este autor elaboró un cálculo matemático que busca la determinación analítica del cálculo de las pruebas: "en la versión subjetivizada del "grado de creencia", en las distintas situaciones de [evidencia combinada]" (Taruffo, p. 259). De nueva cuenta, una objeción a la aplicación del método de probabilidad cuantitativa a la determinación de la evidencia en un proceso es la ausencia de los datos probabilísticos previos requeridos para el cálculo.

### *Límites de las teorías cuantitativas*

Partiendo de las premisas de la noción de probabilidad y la reacción contra el subjetivismo, las tareas cualitativas son una opción metodológica. Es verdad, sin embargo, que la racionalidad no puede ser reducida al cálculo matemático. Una objeción importante del empleo de este método, radica en

que al emplear un valor probabilístico para calificar un evento dado, en realidad se evade el problema que el juez está llamado a resolver: determinar el peso de un elemento de prueba (Taruffo, p. 265).

### *La prueba estadística*

La información estadística relevante está disponible al poder aplicarse en el proceso un dictamen técnico: por ejemplo para determinar la frecuencia de ciertos fenómenos de percepción o memoria, cuyo peso, para determinar la credibilidad de un testigo particular, no es seguro. En general, ciertamente la probabilidad puede ser un elemento de convicción respecto de la fundamentación de una hipótesis, pero no puede determinar por sí misma el grado de fundamentación.

### *Probabilidad lógica*

A diferencia de la probabilidad cuantitativa, la probabilidad baconiana busca "racionalizar la incertidumbre correspondiente a la hipótesis sobre un hecho, reconduciendo su grado de fundamentación al ámbito de los elementos de confirmación (o de prueba) disponibles con relación a esa hipótesis".

Esta probabilidad se ha empleado en la justificación de la inducción y en la fundamentación de hipótesis con base en hechos particulares en relación con la prueba disponible en cada momento.

### *Probabilidad baconiana*

El primer acierto de la aplicación de la probabilidad baconiana radica en definir, la probabilidad "como graduación de la posibilidad de fundar inferencias sobre la base de las pruebas disponibles". Otro acierto es tratar a la probabilidad como solidez inferencial (*inferential soundness*). En estos términos, el problema de la prueba se plantea como "la conexión lógica entre la prueba y la hipótesis sobre el hecho" (Taruffo, p. 274).

### *Conjuntos vagos*

Una gran cantidad de vocablos introducen al discurso elementos de indeterminación e impresión "porque expresan valoraciones o características significativas, pero que carecen de determinación precisa". Algunos ejemplos habitualmente forman conjuntos vagos. En ocasiones la variedad de estos términos puede eliminarse de manera directa, sustituyéndolos por elementos precisos. En otras ocasiones, no obstante, será difícil eliminar los contenidos vagos de los conceptos relevantes. En estos casos es conveniente utilizar el término de "conjuntos borrosos". Estos conjuntos integrados por los elementos que cumplen las condiciones de los términos vagos, no constituyen un elemento adicional de subjetividad al juicio sino que son una característica "irreductible de lenguaje" (Taruffo, p. 280).

La manera de definir los elementos en un conjunto vago es empleando rangos de valores a los que puedan atribuirse las características del término vago empleado. Así puede negarse a aclarar, por ejemplo, el testimonio de una persona que emplea estos términos. "Es perfectamente posible utilizar la escala de valores definida por un testigo para aclarar y delimitar el sentido de su declaración, pero

es evidente que esto sirve únicamente *para esa específica finalidad* y que esa escala de valores no es en absoluto 'objetiva' (Taruffo, p. 283).

## Hipótesis, pruebas y selecciones

### *La incertidumbre y las hipótesis sobre el hecho*

De la función judicial respecto del establecimiento de los hechos, se presenta el siguiente problema: "se trata de establecer cómo pueden ser utilizados conocimientos que son inevitablemente inciertos, pero que sin embargo son los únicos que pueden constituir la base del juicio acerca de la existencia o la inexistencia de los hechos de la causa" (Taruffo, pp. 290-291).

La función judicial no tiene como propósito establecer juicios absolutos de verdad, sino "establecer las condiciones de aceptabilidad de proposiciones descriptivas dotadas de un cierto grado de fundamentación": se trata de establecer verdades relativas (Taruffo, p. 292).

La aplicación balística presenta riesgos cuando no se excluye que se les dé certidumbre absoluta. Por otro lado, debe tenerse cuidado de no suponer que el proceso implica sólo la formación de una hipótesis: la comprobación del grado de comprobación del hecho.

### *Hipótesis diversas*

El caso más sencillo se presenta cuando existe sólo una hipótesis respecto de X: el hecho jurídicamente relevante. Esta es la hipótesis simple. La tarea del juez es entonces decidir el grado de justificación de la hipótesis. Es importante notar que la aplicación de una lógica binaria en la dinámica de validación de hipótesis en el proceso, no puede hacer frente a situaciones en donde la única hipótesis sobre el hecho X no puede considerarse verdadera por falta de pruebas; y sin embargo tampoco puede considerarse definitivamente falsa.

El siguiente grado de dificultad se presenta con las hipótesis contrarias. Dos hipótesis existen sobre el mismo hecho: una lo afirma y otra lo niega. Esta se resolverá comparando las situaciones probatorias de ambas hipótesis. Al tratarse de hipótesis contrarias, un alto grado de confirmación de una de ellas hacia la otra prescindible.

El siguiente caso está representado por las hipótesis sobre hechos incompatibles. Se trata de hipótesis que afirman la existencia de dos hechos que se encuentran en una relación tal que no es posible que se hayan dado ambos simultáneamente. A diferencia de las hipótesis contrarias, en este caso será necesario evaluar independientemente el grado de confirmación de ambas hipótesis para así aceptar aquella que tenga mayor certeza.

En seguida nos encontramos con el caso de hipótesis sobre hechos jurídicamente vinculados. En este caso se trata de hipótesis que no afirman hechos contrarios ni incompatibles, sino que afirman un hecho que extingue, modifica o impide los efectos del hecho constitutivo (Taruffo, p. 304).

### *Las situaciones probatorias*

La situación más sencilla es la de la prueba directa, donde un único elemento de prueba versa sobre nuestra hipótesis. "En general, el dato que se pone de manifiesto es que la valoración del grado de aceptabilidad de un elemento de prueba es el resultado de inferencias (de distinta naturaleza) fundadas en premisas constituidas por las más diversas circunstancias o características referidas a la formación del elemento de prueba." Con gran frecuencia estas inferencias se basan en las máximas de la experiencia.

Enseguida nos encontramos con el caso de las pruebas indirectas. Se trata de casos donde el elemento de prueba demuestra "la existencia de un hecho diverso de aquel que es afirmado en la hipótesis" se conoce a este hecho como secundario, y a partir de su existencia es posible hacer inferencias respecto de la hipótesis principal. Deben considerarse entonces, dos factores: primero, el grado de aceptabilidad de la prueba sobre el hecho secundario, y enseguida el grado de aceptabilidad de la inferencia que se hace empleando ese hecho respecto de la hipótesis principal.

Respecto de la aceptabilidad de las inferencias posibles, puede afirmarse que la mayoría de los casos ésta se basa en las generalizaciones incompletas o vagas. En general, la aceptabilidad de la inferencia que vincule al hecho secundario con hipótesis principal, será inversamente proporcional a la variedad de dicha relación.

### *Evidencias en cascada*

"Cuando el elemento de confirmación del hipótesis principal deriva de una cadena de pasos inferenciales" de hechos secundarios, donde cada uno basta como evidencia el hecho sucesivo. Se trata, pues, de una cadena de pruebas indirectas en donde la relación del hecho secundario y la hipótesis principal se replica varias veces. No es posible aplicar a la cadena inferencias la propiedad sensitiva, que si puede aplicarse a las inferencias matemáticas. (Taruffo, pp. 322-324). Así, el grado de confirmación de la hipótesis principal, no es una función de todas las inferencias en la cadena, sino sólo de la última.

Puede darse también la posibilidad de tener numerosos elementos de prueba respecto de una misma hipótesis. Se trata entonces de pruebas convergentes, donde el problema es cómo realizar la valoración conjunta de varias pruebas. La solución de las pruebas convergentes radica en sumar los grados independientes de aceptabilidad de cada uno de los elementos de prueba. La independencia de los elementos de prueba es válida también para los casos de pruebas contradictorias.

La selección de hipótesis diversas sobre un mismo hecho puede hacerse con base en un criterio de conjuntos borrosos. Tal criterio está formulado por un enunciado abierto, donde los miembros del conjunto son determinable es pero no determinados. Aplicado a la valoración de la evidencia, la noción de los conjuntos borrosos implicaría, por ejemplo, fijar 1° de credibilidad que fuera insuficiente para aceptar la hipótesis, por ejemplo, 0, 5. "Si serán distintas hipótesis sobre el hecho contradictorias o incompatibles, cada una de las cuales con 1° determinado de probabilidad lógica sobre la base de las pruebas, la elección de la hipótesis que ha de ponerse en la base de la discusión se realiza mediante el criterio de la probabilidad prevaleciente." La tarea consistirá en tomar una decisión comparativa y relativa a las hipótesis disponibles "dotadas de sentido" en virtud de su grado de aceptabilidad.



## MATERIAL DE ESTUDIO

### Bibliografía obligatoria

TARUFFO, MICHELE, "El hecho", en *La prueba de los hechos*, capítulo II, Cd. Fernández, Trotta, 2005, pp. 89-165. [Lectura 1]

\_\_\_\_\_, "Verdad, similitud y probabilidad", en *La prueba de los hechos*, Cd. Fernández, capítulo III, Trotta, 2005, pp. 167-240. [Lectura 2]

\_\_\_\_\_, "Hipótesis, pruebas y selecciones", en *La prueba de los hechos*, Cd. Fernández, capítulo IV, Trotta, 2005, pp. 241-325. [Lectura 3]



# LECTURA 1

Tomada de: Michele Taruffo, "El hecho", en *La Prueba de los hechos*, capítulo II, Cd. Fernández, Trotta, 2005, pp. 89-165.

## Capítulo II

### EL HECHO

*Sumario:* 1. El hecho como objeto de prueba.–2. La individualización del hecho.–2.1. La relevancia jurídica.–2.2. La identificación normativa.–2.3. Hechos y enunciados sobre hechos.–2.4. Hechos principales y hechos secundarios.–3. La identificación valorativa del hecho.–4. La identificación negativa del hecho.–5. Algunos tipos de hecho.–5.1. El hecho complejo.–5.2. El hecho colectivo.–5.3. El hecho psíquico.

1. *El hecho como objeto de prueba.*–La noción habitual de prueba de la que se ha partido<sup>1</sup> se fundamenta sobre la idea de que la prueba sirve para establecer la verdad de uno o más *hechos* relevantes para la decisión. Esta idea puede ser expresada de distintas formas, pero un dato común y recurrente en las diversas culturas jurídicas es que el hecho es el «objeto» de la prueba o su finalidad fundamental, en el sentido de que es lo que «es probado» en el proceso.

Ya en sus términos más genéricos, esta idea sirve para trazar algunas distinciones que no carecen de importancia en el complicado contexto del proceso: así, por ejemplo, sirve para delimitar el ámbito de lo que puede constituir objeto de actividad probatoria, ya que excluye, salvo pocas excepciones, que las pruebas puedan versar sobre normas jurídicas<sup>2</sup>, dado que aquéllas tienen como objeto y finalidad a los he-

1. V., *supra*, capítulo I, 1.

2. Sobre este punto, v., en general, también para referencias bibliográficas, Verde, *Prova. B) Teoria generale e diritto processuale civile*, en *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 623 ss.; Patti, *Prove. Disposizioni generali*, en *Commentario del codice civile*, ed. por Scialoja y Branca, Bologna-Roma, 1987, pp. 59 ss.

chos. Así, la prueba también sirve para establecer los límites de los conocimientos «propios» que el juez puede introducir en el proceso y utilizar a los efectos de la decisión, dando por supuesto que no puede usar su propia «ciencia privada» sobre los hechos que deben ser probados en juicio<sup>3</sup>, mientras que el principio *iura novit curia* afecta únicamente a la identificación de la norma aplicable para la decisión<sup>4</sup>.

Sin embargo, el hecho de que la idea en cuestión sea algunas veces útil no demuestra que esté exenta de dudas y problemas; al contrario, es discutible y discutida y, por otra parte, como se verá, está dotada sólo de una fuerza alusiva. Únicamente un análisis profundo puede mostrar cuáles son los límites y las condiciones en los que puede decirse que la prueba versa sobre los hechos y pretende establecer su existencia.

Al respecto, un primer tipo de problemas surge en la medida en que el proceso constituye un contexto «jurídico», regulado por normas, que además afectan de una forma que no puede obviarse, precisamente, a las modalidades de prueba de los hechos<sup>5</sup>. Además, en el proceso se demuestran hechos no para satisfacer exigencias de conocimiento en estado puro, sino para resolver controversias jurídicas acerca de la existencia de derechos: esto es, no se pretende determinar el hecho en sí mismo sino en la medida en que éste es el presupuesto para la aplicación de normas en el caso concreto<sup>6</sup>.

3. Sobre la prohibición de recurrir a la «ciencia privada» del juez, que se sostiene que está enunciada en el artículo 115 cod. proc. civ. it., v., en la literatura reciente, Cavallone, *Crisi delle «Maximen» e disciplina dell'istruzione probatoria*, ahora en Id., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, pp. 292, 297 s., 311 s., 322. Sobre los momentos importantes de la evolución histórica del problema, v. Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, München, 1967. El texto clásico sobre este tema sigue siendo, en todo caso, Stein, *Das Private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893 [tr. cast., *El conocimiento privado del juez*, a cargo de A. de la Oliva, Madrid, 1990].

4. Sobre este punto v., en particular, Grasso, *Dei poteri del giudice*, en *Commentario del Codice di Procedura Civile*, dirigido por E. Allorio, I, 2, Torino, 1972, pp. 1282 ss.; Micheli, «*Jura novit curia*», en *Riv. dir. proc.*, 1961, pp. 575 ss.; Sapienza, *Il principio «iura novit curia» ed il problema della prova delle leggi straniere*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, pp. 41 ss.; Punzi, *Jura novit curia*, Milano, 1965; Carpi, Colesanti y Taruffo, *Commentario breve al cod. proc. civ.*, Padova, 1988, pp. 198 s.

5. Cf., en particular, Varga, *On Judicial Ascertainment of Facts*, en *Ratio Juris*, 1991, p. 62, y ampliamente, *infra*, capítulo V, 2.

6. Cf. Varga, *op. cit.*, pp. 63 s.; Id., *The Non-cognitive Character of the Judicial Establishment of Facts*, ponencia presentada en el 15 World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy, Göttingen, 18-24 de agosto, 1991, pp. 1 ss. (del manuscrito). V., además, capítulo I, 2.2 y 4.2.

Siendo así, se intuye fácilmente que no se puede hablar del «hecho» separándolo completamente del «derecho» u olvidando sus implicaciones jurídicas. Con esto no se pretende hacer referencia aquí a toda la problemática tradicional, en muchos aspectos agotada, de las «relaciones entre el hecho y el derecho»<sup>7</sup>. Esa problemática surgía a menudo a partir de errores metodológicos<sup>8</sup> y no tomaba en cuenta las peculiaridades de los distintos ordenamientos, buscando definiciones absolutas donde era necesario, en cambio, tomar en consideración situaciones muy diversas<sup>9</sup>; además, abordaba numerosas cuestiones no vinculadas con el problema de la prueba en el proceso<sup>10</sup>. Sin embargo, es necesario tener presente un factor importante: en el proceso los hechos de los que hay que establecer la verdad son identificados sobre la base de criterios jurídicos, representados esencialmente por las normas que se consideran aplicables para decidir la controversia específi-

7. Cf., para una panorámica al respecto, los ensayos recogidos en el volumen *Le fait et le droit. Études de logique juridique*, Bruxelles, 1961. V. también en la literatura más reciente, que no obstante no parece haber introducido perspectivas sustancialmente nuevas, J. Jackson, *Questions of Fact and Questions of Law*, en *Facts in Law*, ed. por W. Twining, ARSP, Beiheft 16, Wiesbaden, 1983, pp. 85 ss.; White, *Fact in the Law*, en *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, ed. por P. Nerhot, Dordrecht-Boston-London, 1990, pp. 11 ss.; Troper, *The Fact and the Law*, *ivi*, pp. 22 ss.; Rigaux, *The Concept of Fact in Legal Science*, *ivi*, pp. 38 ss. Entre lo más reciente cf. Mazzaresse, *Cognition and Legal Decisions. Remarks on Bulygin's view*, en *Cognition and Interpretation of Law*, ed. por L. Gianformaggio y S. Paulson, Torino, 1995, pp. 158 ss.

8. Los errores de la perspectiva tradicional derivan esencialmente de no emplear nociones precisas de lo que se entiende por «hecho» y por «derecho». La consecuencia de ello es que a menudo los respectivos discursos son genéricos, ambiguos y vacuos. Ejemplos de este tipo pueden verse en Dekkers, *Le fait et le droit. Problèmes qu'ils posent*, en *Le fait et le droit*, cit., pp. 7 ss.; Halleman, *Le juge devant la distinction du fait et du droit*, *ivi*, pp. 70 ss.; Bayart, *La distinction du fait et du droit. Le point de vue de l'avocat*, *ivi*, pp. 89 ss.

9. Así, por ejemplo, habitualmente no se toma en cuenta que la distinción *law/fact* en los ordenamientos del *common law* no opera en absoluto sobre una pretendida naturaleza intrínseca de algo, sino sobre la distinción de las atribuciones del juez y del jurado: v., por ejemplo, Friedenthal, Kane y Miller, *Civil Procedure*, St. Paul, Minn., 1985, pp. 476 ss.; Wilson, *op. cit.*, y en particular Weiner, *The Civil Jury Trial and the Law-Fact Distinction*, en *Calif. L. R.* 54, 1966, pp. 1867 ss.; Id., *The Civil Non-Jury Trial and the Law-Fact Distinction*, *ivi*, 55, 1968, pp. 1020 ss. En la literatura italiana, cf. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, pp. 114 ss.

10. En realidad, la distinción era formulada principalmente con la finalidad de definir el ámbito de los poderes de la Casación y del *Conseil d'État*: v., por ejemplo, los artículos de Foriers, Ascarelli, Rivero, Buch y Roland en *Le fait et le droit*, cit., pp. 51 ss., 113 ss., 149 ss., 175 ss.; también Rigaux, *op. cit.*, y Marty, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur les juges du fait*, Paris, 1929.

ca. Para usar una fórmula sintética: es el derecho el que define y determina lo que en el proceso constituye «el hecho»<sup>11</sup>.

Esto no implica ni permite confusiones entre hecho y derecho, ni mucho menos autoriza a quitarle autonomía al hecho para diluirlo y anularlo en la genérica dimensión jurídica de la controversia<sup>12</sup>. Está claro, sin embargo, que en un contexto como el que aquí se toma en cuenta, la noción de «hecho» no es elemental e intuitiva en absoluto y que es problemática su conexión con la dimensión jurídica de la controversia y de la decisión. Así pues, no es necesario discutir en términos generales la distinción hecho/derecho<sup>13</sup> sino que hay que tomar en consideración las distintas modalidades con las que el hecho, destinado a constituir el objeto y la finalidad de la prueba, es identificado a través de las normas aplicables al caso específico. Se trata, en fin, de entender correctamente en qué consiste la denominada «calificación jurídica del hecho» y de qué forma condiciona la identificación del hecho del que es necesario determinar la verdad<sup>14</sup>.

Un segundo orden de problemas surge en la medida en que, en realidad, no existe una noción de «hecho» elemental y aceptable que pueda asumirse sin discusión como punto de partida. Aunque hagamos abstracción momentáneamente del problema de la calificación jurídica, basta atender a la extrema variabilidad e indeterminación de los fenómenos del mundo real para percibir fácilmente que resulta muy difícil definir de un modo no superficial qué se entiende por «hecho»<sup>15</sup>. Por otra parte, el problema de la calificación jurídica de los hechos no puede ser obviado por mucho tiempo, ya que es precisamente la dimensión jurídica del «hecho de la causa» la que permite identificarlo, distinguiéndolo y extrayéndolo de la ilimitada variabilidad e indeterminación de la realidad. Del problema de la definición del «hecho» resulta, así, rápidamente el problema de las modalidades con las que las normas jurídicas seleccionan y determinan los hechos idóneos para

11. El «hecho», por tanto, no está dado por sí mismo y autónomamente antes de que asuma relevancia jurídica. En el proceso es «hecho» lo que se define como tal en función de la norma aplicable para decidir la controversia. Cf. Varga, *On Judicial Ascertainment*, cit., p. 61; Id., *The Non-cognitive Character*, cit., pp. 2 ss.; Id., *The Mental Transformation of Fact into Case*, en ARSP LXXVII, 1991, pp. 60 s. V. también, *infra*, apartados 2.1 y 2.2.

12. No faltan tendencias de este tipo, en las que se pierden las características específicas del «hecho» y de su respectivo juicio. V., por ejemplo, Nasi, *Giudizio di fatto (dir. proc. civ.)*, en *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, pp. 967 ss. y consideraciones críticas en Taruffo, *Note in tema di giudizio di fatto*, en *Riv. dir. civ.*, 1971, I, pp. 33 ss.

13. V. referencias, *supra*, en las notas 8, 9 y 10.

14. V., *infra*, apartado 2.2.

15. V., *infra*, apartado 2.1.

producir consecuencias jurídicas. Pero sería ilusorio pensar que de este modo el problema se simplifica; al contrario, son muchas y distintas las formas en que las normas configuran sus propias premisas de hecho, de forma que no hay nada más discutible y confundente que la idea de que puede haber una definición simple y unitaria de lo que constituye un «hecho» en el ámbito del proceso. En consecuencia, no puede haber una definición simple y unitaria de lo que representa el objeto de la prueba. «Hecho», en cuanto «objeto de prueba» es, en cambio, una noción muy variable y problemática, que requiere al menos algún intento de análisis ulterior.

2. *La individualización del hecho.*—Quien se planteara en términos generales el problema de definir lo que constituye un «hecho» se encontraría frente a un problema muy complejo. Puestos a identificar de forma genérica y aproximada la situación o la «porción de experiencia» que nos ocupa, el problema surge cuando se pretende definir analíticamente esta situación y el «hecho» o los «hechos» que la componen. En efecto, ninguna proposición descriptiva es apta *a priori* para captar y agotar el «hecho» y ni siquiera se puede sostener que éste pueda ser descrito *completamente* por una serie, incluso extensa, de proposiciones.

Resulta intuitivo, en efecto, que cualquier situación fáctica puede ser sometida a un proceso de descomposición<sup>16</sup> en dos direcciones: cualitativa y cuantitativa. Se está ante una descomposición cualitativa cuando se individualizan aspectos distintos de la situación en cuestión: así, por ejemplo, describiendo un accidente de circulación se pueden distinguir sucesivamente diversos «pedazos» de la situación: el tipo de coche, la velocidad, la marca, el color, la altura del conductor, el color de su corbata, etc. No es necesario destacar que esta descomposición o multiplicación aumenta si se toman en consideración más puntos de vista, es decir, descripciones de la misma situación de hecho ofrecidas por sujetos distintos o desde perspectivas diversas<sup>17</sup>. Por descomposi-

16. Sobre esta descomposición, cf., en general, Toraldo di Francia, *Lo statuto ontologico degli oggetti nella fisica moderna*, en *Livelli di realtà*, a cargo de M. Piattelli Palmarini, Milano, 1987, pp. 296 ss.; análogamente, Id., *Le cose e i loro nomi*, Bari, 1986, p. 21. Sobre el problema de los niveles de realidad y de sus respectivas consecuencias en términos de metodología del conocimiento v. también Villa, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, Milano, 1984, pp. 35 ss.

17. Es lo que los científicos denominan *rototraslación* para indicar la serie de operaciones mediante las que el mismo objeto es observado desde distintos puntos de vista: cf. Toraldo di Francia, *Lo statuto ontologico*, cit., p. 299; Id., *Le cose e i loro nomi*, cit., pp. 27 s. También fuera del contexto científico se reconoce habitualmente la posibilidad

ción cuantitativa se puede entender el procedimiento mediante el que, dada una cierta circunstancia, ésta es analizada en detalles cada vez más precisos: así, por ejemplo, la dinámica de un automóvil puede descomponerse pensando únicamente en el funcionamiento del motor, después en el de cada pieza de aquél, después en su composición, más tarde en su estructura molecular, y así sucesivamente, profundizando cada vez más en el nivel de análisis de aquella circunstancia<sup>18</sup>.

Es suficiente imaginar la aplicación conjunta de estos dos procedimientos, y observar que no tienen límite teórico alguno, para darse cuenta de que no existe y no es conjeturable ninguna descripción adecuada en abstracto de la situación de hecho y, ni siquiera, de las circunstancias concretas que la componen; en cambio, es conjeturable un número infinito de proposiciones descriptivas, todas ellas susceptibles de ser referidas sensatamente a esa situación<sup>19</sup>. La idea de sentido común según la cual de todo hecho existe *una* descripción «objetiva» y apropiada parece, pues, evidentemente inaceptable, no sobre la base de aproximaciones subjetivistas, sino porque los niveles de análisis de la misma situación pueden ser muy distintos (en teoría: ilimitadamente).

Sobre esta base teórica se sitúa la praxis, en la que según las circunstancias y las necesidades se usan descripciones dotadas de niveles de precisión extremadamente distintos y, a menudo, de forma que no pueden ser ni siquiera comparados entre sí<sup>20</sup>. Algunas veces, por ejemplo, se considera suficiente establecer de forma aproximada la velocidad de un vehículo, mientras que otras se nos sitúa al nivel del análisis del código genético de un individuo; algunas veces es suficiente esta-

de que se puedan dar distintas versiones, en número teóricamente ilimitado, de los mismos hechos y que todas esas versiones, o algunas de ellas, tengan pretensiones de verdad: v. al respecto Goodman, *Maneras de hacer mundos*, tr. cast. a cargo de C. Thiebaut, Madrid, 1990, pp. 130 ss. y 150 ss. Cf. además Varga, *The Fact and Its Approach in Philosophy and in Law*, en *Law and Semiotics*, vol. 3, ed. por R. Kevelson, New York-London, 1989, p. 364; Id., *The Mental Transformation*, cit., pp. 61, 62 s.

18. Obviamente, también esta descomposición puede ser el resultado de la observación realizada por sujetos distintos, cada uno de los cuales capta el objeto a niveles diferentes. Se trata de una de las «maneras de fabricar mundos» de las que habla Goodman, *op. cit.*, pp. 25 ss.

19. Por razones de simplicidad se omite el análisis del problema de la reconducibilidad de distintas descripciones al mismo objeto (v. al respecto Toraldo di Francia, *Lo statuto ontologico*, cit., pp. 298 ss.). En todo caso, ese problema sólo puede encauzarse hacia una solución en el marco de opciones epistemológicas generalísimas o de aproximaciones metafísicas. Goodman advierte, en efecto, que frente a este problema el monista piensa en distintas versiones del mismo hecho, mientras que el pluralista piensa en hechos o en mundos distintos (*op. cit.*, pp. 132 ss.).

20. Sobre el problema de los niveles de precisión en el análisis de la realidad, cf. Toraldo di Francia, *Le cose e i loro nomi*, cit., pp. 62 ss., 117 ss., 204.

blecer que ese vehículo es un automóvil, mientras que otras es necesario el análisis químico-físico de los materiales. Como es obvio, los ejemplos podrían ser muchísimos y no hace falta ofrecer otros más para subrayar que una variable importantísima es, precisamente, el grado de precisión que se emplea en la determinación de un hecho. Habitualmente este grado de precisión no es identificado aleatoriamente, sino en función de lo que se sostiene necesario y/o suficiente en la situación concreta en la que se discute acerca de ese hecho<sup>21</sup>.

En otros términos, el carácter teóricamente infinito de las posibles descripciones y el problema conexo del nivel de descripción adecuado del hecho se resuelven sobre la base de elecciones dictadas por el contexto práctico en el que se sitúa la necesidad de describir ese hecho. De ello se deriva que la solución concreta puede ser distinta, aun cuando se trate de la misma situación, en función de contextos distintos que requieran la individualización de distintas «secciones de la realidad» o distintos niveles de precisión<sup>22</sup>.

Si estas consideraciones se trasladan al ámbito de la definición del hecho como objeto de la prueba en juicio, tienen implicaciones importantes.

Ante todo, no existe descripción alguna del hecho que pueda considerarse adecuada *a priori*; al contrario, son posibles distintas descripciones de la misma situación y de los múltiples aspectos en los que puede ser descompuesta<sup>23</sup>. El problema es, entonces, comprender cómo puede ser identificado el «hecho» que constituye el objeto de la prueba, en función del contexto que determina la descripción (el tipo de descripción) apropiada de ese hecho.

En el ámbito del proceso, el contexto en función del cual se determina cuál es la descripción apropiada del hecho y, por tanto, cómo se define el objeto de la prueba, es el de la decisión. La hipótesis que se asume aquí es, en efecto, que la determinación del hecho se sitúa en el interior de la decisión judicial y que la prueba está dirigida a la determinación del hecho<sup>24</sup>. De esta hipótesis se deriva que el objeto apro-

21. Sobre la naturaleza convencional de la elección del nivel de precisión cf., una vez más, Toraldo di Francia, *op. ult. cit.*, p. 63.

22. Hay que destacar que en las distintas situaciones concretas operan también criterios de elección distintos, entre los que están los de *utilidad* de la descripción del hecho: cf. Goodman, *op. cit.*, pp. 163 ss.

23. Esto es lo que sucede, en concreto, en el curso del proceso, donde las partes pueden ofrecer versiones distintas del mismo hecho y los testigos destacan aspectos distintos del mismo. Al respecto, v., en particular, Varga, *The Non-cognitive Character*, cit., pp. 3 ss.

24. V., *supra*, capítulo I, 1 y 5.



piado de la prueba es el hecho que debe ser determinado, es decir, el hecho que es objeto de decisión.

La individualización del contexto de la decisión como esquema de referencia en función del cual se define el hecho como objeto de la prueba permite determinar dos perspectivas de definición del hecho, distintas pero convergentes —precisamente— hacia la individualización de lo que constituye el objeto de la prueba.

La primera perspectiva está referida directamente al contexto de la decisión, en el sentido de que obtiene de él las coordenadas que definen *teóricamente* el objeto de la prueba.

La segunda perspectiva está referida a las modalidades mediante las que el objeto de la prueba es *concretamente* individualizado y fijado en el proceso en referencia al concreto supuesto de hecho controvertido. Desde esta perspectiva, el contexto de referencia es *también* la decisión específica que deberá ser tomada por el juez, pero es *sobre todo* el procedimiento que concluye con la decisión y que comprende la deducción, la admisión y la asunción de las pruebas.

Está claro que estas dos perspectivas, o estos dos contextos, son distintos pero complementarios, dado que el procedimiento está destinado a producir la decisión y que ésta está condicionada y modelada de diversas maneras por el procedimiento de la que es el resultado. Cada una de esas perspectivas, no obstante, plantea distintos y complejos problemas que resulta oportuno analizar por separado, aunque sea para asegurar un mínimo de claridad en el discurso.

Por el momento, pues, se puede tomar en consideración la primera perspectiva, que está referida al contexto de la decisión, en la medida en que ésta es significativa para el análisis teórico del hecho como posible objeto de prueba; mientras que la segunda, que está referida al contexto del proceso y de la determinación concreta del objeto de la prueba, será examinada más adelante, al estudiar la dimensión procedimental del fenómeno probatorio.

**2.1. La relevancia jurídica.**—Determinar el hecho en el contexto de la decisión significa esencialmente definir cuál es el hecho «concreto» o «histórico» al que se aplica la norma idónea para decidir el caso<sup>25</sup> o bien, pero no es lo mismo, establecer cuál es el hecho controvertido para después decidir cuál es la norma que debe serle aplicada<sup>26</sup>.

25. Sobre la inserción del hecho en la norma y en el contexto de la decisión, v., *supra*, capítulo I, 4.2.

26. Es el problema, no especialmente examinado en la doctrina italiana pero agudamente discutido en la alemana, de la individualización del «caso» sometido a la decisión,

En la óptica tradicional de la concepción silogística de la decisión judicial, esta operación no parecía suscitar especiales problemas. Una vez supuesto que la premisa mayor del silogismo judicial está constituida por una norma formulada de modo que atribuya determinadas consecuencias jurídicas a una clase de hechos, la individualización de la premisa menor consiste simplemente en establecer un hecho concreto que pertenezca a esa clase<sup>27</sup>. Sobre la base de esta correspondencia o, mejor dicho, de esta pertenencia de lo particular a lo general, se sostenía que resultaba fácilmente la individualización del hecho sobre el que vertía la decisión y, por tanto, también la definición del objeto de la prueba.

Esta forma de pensar tenía la peculiaridad de poner en evidencia un aspecto importante del problema, pero lo hacía de forma equivocada.

El aspecto importante consiste en establecer que, en la decisión, todos los hechos que se deben determinar, y sólo ellos, son aquellos a los que se aplica la norma usada como criterio jurídico de decisión. Se trata del concepto de *relevancia jurídica* del hecho, conocido también por los juristas con otras expresiones sinónimas (hecho jurídico, hecho constitutivo, hecho principal, etc.)<sup>28</sup>. El objeto de la decisión es el hecho que la norma define y califica como relevante, es decir, como punto de referencia de los efectos que la norma misma prevé. Es la norma, en otros términos, la que funciona como criterio de selección, en el sentido de individualizar entre los infinitos sucesos del mundo real aquellos que asumen relevancia específica para su aplicación<sup>29</sup>. Si, y

sobre el que puede verse Hruschka, *Die Konstitution des Rechtsfalles. Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung*, Berlin, 1965. Acerca de la individualización del «caso» como contexto de circunstancias de hecho individualizadas y seleccionadas sobre la base de la norma que se conjetura aplicable, v., también, Varga, *The Mental Transformation*, cit., pp. 61 ss.

27. Entre los análisis críticos de esta concepción cf., en particular para lo que aquí interesa, Engisch, *Logisch Studien zur Gesetzesanwendung* 2 Aufl., Heidelberg, 1960, pp. 19 ss.; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1979, pp. 262 ss. [tr. cast., *Metodología de la ciencia del derecho*, a cargo de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, 1980, pp. 272 ss.]; Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main, 1972, pp. 31 ss., 48 ss., 106 ss.; Nerhot, *The Law and its Reality*, en *Law, Interpretation and Reality*, cit., pp. 50 ss.

28. No es éste el lugar de analizar detalladamente los problemas relativos a la definición dogmática de esos conceptos; para ello y para amplias referencias bibliográficas v., en la doctrina italiana, Cataudella, *Fattispecie e fatto. I. Fattispecie*, en *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, pp. 926 ss.; Falzea, *Fattispecie e fatto. II. Fatto giuridico*, *ivi*, pp. 941 ss.; Maiorca, *Fatto giuridico-fattispecie*, en *Noviss. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, pp. 111 ss.

29. Cf., entre otros muchos, Hruschka, *op. cit.*, pp. 20 ss., 41 ss.; Engisch, *op. cit.*, pp. 22 ss., 37 ss., 83 ss.; Larenz, *op. cit.*, pp. 266 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 275 ss.]; Nerhot, *op. cit.*, pp. 52 ss., 58 ss.; Jackson, *Questions of Fact*, cit., pp. 87 ss. En la doc-

sólo si, en la concreta situación planteada en juicio, este criterio funciona con resultados positivos, entonces la norma es aplicable a ese hecho y éste es objeto de la decisión y, por tanto, objeto de prueba.

Son numerosas las razones que hacen que la forma silogística de representar la determinación de la relevancia jurídica del hecho sea muy discutible. Algunas de ellas (que no pueden ser aquí analizadas detenidamente) se remontan a los distintos motivos por los que, desde tiempo atrás, incluso en el ámbito de concepciones racionalistas del razonamiento del juez, se considera inadecuado el esquema silogístico o se reduce drásticamente su función y su capacidad representativa<sup>30</sup>. Otras razones pueden ser mencionadas aquí en la medida en que afectan directamente al problema en cuestión. Se trata esencialmente de constatar que la concepción silogística da por descontado aquello que sería necesario explicar, es decir, la identificación del significado de la norma concreta respecto de la definición del supuesto de hecho abstracto y la calificación jurídica del hecho concreto que permita establecer si éste entra o no en el campo de aplicación de aquella norma. En otros términos, si el razonamiento silogístico funciona, lo hace en la medida en que se establezcan premisas adecuadas, de hecho y de derecho, entre las que se dé la correlación lógica que funda la deducción silogística. Pero el verdadero problema, respecto del cual el esquema silogístico no ofrece respuesta alguna, es el de la fijación de las premisas, es decir, la interpretación de la norma, por un lado, y la determinación del hecho, por el otro<sup>31</sup>. Es necesario, además, tomar en cuenta el hecho de que, como ya se ha dicho, ninguna determinación adecuada del hecho está dada *a priori*, del mismo modo que *a priori* no hay un significado que sea «propio» de la norma<sup>32</sup>.

trina italiana v., también para otras referencias bibliográficas, Taruffo, *Studi*, cit., pp. 23 ss. Entre lo más reciente cf. Varga, *On Judicial Ascertainment*, cit., pp. 64 ss.; Id., *The Mental Transformation*, cit., pp. 60 ss., 65 ss.; Id., *The Non-cognitive Character*, cit., pp. 6, 8. La función de la relevancia jurídica como criterio de selección de los hechos parece evidente incluso desde la perspectiva del análisis psicológico de la decisión: cf. Catelani, *Il giudice esperto. Psicologia cognitiva e ragionamento giudiziario*, Bologna, 1992, p. 216.

30. En la literatura reciente cf., por ejemplo, B. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Merseyside, 1988, pp. 37 ss.; Gianformaggio, *Se la logica si applichi alle norme. In cerca del senso di una questione*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1986, pp. 473 ss., y en particular Wróblewski, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, en *Rechtstheorie* 1, 1974, pp. 33 ss.

31. Cf. Larenz, *op. cit.*, pp. 257 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 267 ss.]; Esser, *op. cit.*, pp. 53 ss.; Wilson, *op. cit.*; J. Jackson, *Questions of Fact*, cit.

32. Cf., en particular, en la doctrina más reciente, Varga, *On Judicial Ascertainment*, cit., pp. 61, 68; Id., *The Non-cognitive Character*, cit., pp. 2 ss. Esta última afirmación implica una elección precisa, pero muy problemática y discutible, en el plano de la

La individualización del hecho jurídicamente relevante está evidentemente dentro de la «preparación de las premisas» de la decisión y no deriva de un simple juego deductivo sino de una compleja operación que lleva a la «construcción del caso», es decir, a la individualización del hecho que constituye el objeto específico de la decisión<sup>33</sup>. Esta operación versa sobre la conexión entre norma y hecho, pero no en el sentido de limitarse a constatar una correspondencia (que en realidad no existe de por sí), sino en el sentido de pretender *constituir* una correspondencia entre hecho y norma que permita decir que esa norma, en uno de sus significados resultantes de la interpretación, califica jurídicamente ese hecho, que es relevante respecto a esa norma y que fundamentará la decisión en la medida en que resulte probado en juicio.

La actividad mediante la que se instituye la correspondencia entre hecho y norma a los efectos de la decisión y se identifica el hecho jurídicamente relevante escapa al esquema silogístico<sup>34</sup>, que no está bien fundado pero sigue inspirando el «sentido común» de los juristas. Esa actividad escapa también a los análisis que se concentran sobre la lógica de las normas y del razonamiento sobre normas, que —como sucede a menudo— olvidan tomar en cuenta que habitualmente las normas se aplican a hechos que es necesario identificar y definir para saber si se aplica, y cuándo se aplica, una norma.

En cambio, una contribución de gran importancia al análisis del problema que aquí nos interesa proviene del filón metodológico hoy dominante en Alemania, pero que no carece de manifestaciones también en Italia, que parte de los *Logische Studien zur Gesetzesanwen-*

teoría general de la interpretación. Esta elección no puede ser aquí analíticamente justificada, dado que requeriría una larga digresión que no es relevante a los efectos del discurso que se está desarrollando. Baste, pues, una justificación «por remisión» a la doctrina de la interpretación que fundamenta esta elección y, en particular, a Tarello (cf. *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 61 ss.; Id., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, pp. 347 ss., 389 ss.) y a Guastini (cf. Id., en Castignone, Guastini y Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Genova, 1989, pp. 34 ss., 234 ss.). Cf. también Wroóblewski, *Problems related to the one right answer thesis*, en *Ratio Juris* 3, 1989, pp. 240 ss.

33. Cf., especialmente, Larenz, *op. cit.*, pp. 262 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 272 ss.]; Hruschka, *op. cit.*, pp. 11 ss., 52 ss., 70 ss., pero v. también Eberle, *Zur Rethorik des zivilprozessualen Beweises*, Frankfurt a. M.-Bern-New York-Paris, 1989, pp. 76 ss.; Kaufmann, *Preliminary Remarks on a Legal Logic and Ontology of Relations in Law*, en *Law, Interpretation and Reality*, cit., pp. 111 ss., 114.

34. Cf., en particular, Grace y Teschner, *Semiotic Contrast between Trial and Discovery*, en *Law and Semiotics*, vol. 3, ed. por R. Kevelson, New York-London, 1989, pp. 127, 141 ss. Desde el punto de vista heurístico de esta actividad v., además, Varga, *The Non-cognitive Character*, cit., p. 4.

*dung* de Engisch pero utiliza especialmente la perspectiva y los conceptos de la hermenéutica. Más allá de la posible discusión sobre los fundamentos generales de la hermenéutica, y de la versión gadameriana en particular<sup>35</sup>, no se puede desconocer que la epistemología jurídica de orientación hermenéutica ha situado como objeto privilegiado de investigación precisamente a la formulación de las premisas de la decisión, llegando a ofrecer análisis refinados y aceptables del aspecto decisorio del razonamiento del juez.

En realidad, el análisis de la llamada «subsunción» del hecho en la norma, de forma mucho más detallada de cuanto se realiza habitualmente en la doctrina que se ocupa de estos problemas, se remonta principalmente a Engisch, especialmente desde una perspectiva que pretende captar la interrelación dinámica entre hecho y norma, que se implementa en la «formación» de la decisión<sup>36</sup>. De hecho, es suya la famosa metáfora del «Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt»<sup>37</sup>, que abre el camino al estudio de la relación entre hecho y norma, en el ámbito del procedimiento decisorio, como relación de progresivo acercamiento entre la definición del hecho y la interpretación «concretizadora» de la norma, en particular por lo que se refiere a la definición del supuesto de hecho<sup>38</sup>.

Esta concepción dinámica de la relación norma/hecho que se instaura en materia de decisión se convierte en la base de la tendencia más difundida en la doctrina alemana, como confirma, por ejemplo, la *Methodenlehre* de Larenz<sup>39</sup>, y encuentra ulteriores desarrollos en el ámbito de la doctrina hermenéutica. En realidad, conceptos como el «círculo» o la «espiral hermenéutica» tienen una especial utilidad para hacer entender cómo los «hechos brutos» (*Tatsache*) adquieren significado jurídico y son jurídicamente calificados (convirtiéndose así en

35. Sobre estos aspectos, que no pueden ser estudiados con profundidad aquí, v., en particular, los ensayos de Zaccaria recogidos en el volumen *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990.

36. Cf. Id., *op. cit.*, pp. 22 ss.

37. *Op. ult. cit.*, p. 15.

38. Sobre la calificación jurídica del hecho como *Annäherung* entre el supuesto de hecho abstracto y el supuesto de hecho concreto v., en particular, Hassemer, *Tatbestand und Typus*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1967, p. 1899, 118. De *Koinzidenzprinzip* habla Rödig, *Die Theorie der gerichtlichen Erkenntnisverfahren*, Berlin-Heidelberg-New York, 1973, pp. 178 ss. Sobre la dinámica de esta operación v., además, Engisch, *op. cit.*, pp. 10 ss., 23 ss.; Eberle, *op. cit.*, pp. 73 ss.; Baratta, *Ueber Juristenrecht*, en *Dimensionen der Hermeneutik, Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, ed. de W. Hassemer, Heidelberg, 1984, pp. 57 ss. V. también Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, pp. 248 ss.

39. Cf., en particular, pp. 262 ss. [tr. cast., pp. 272 ss.].

*Sachverhalt*) haciendo únicamente referencia a la *abstrakte Tatbestand* definida por la norma<sup>40</sup>; ésta, a su vez, puede ser seleccionada para regular el caso e interpretada a los efectos de la concreta aplicación judicial únicamente sobre la base de, y en la línea representada por, los hechos que identifican al caso a decidir<sup>41</sup>. La «construcción del caso», para usar la expresión de Hruschka, es, pues, una operación compleja en la que el juez formula problemas y busca respuestas, procediendo por grados, por hipótesis y control del análisis de los hechos, de las normas y de sus posibles conexiones<sup>42</sup>. El problema fundamental resulta, entonces, el de las elecciones que el juez debe formular para fundar las premisas de la decisión: elecciones complejas, cambiantes e interrelacionadas que afectan a la individualización de la norma aplicable y de su significado, que opera como regla de solución de la controversia, pero también a la determinación de los hechos jurídicamente relevantes que individualizan la controversia<sup>43</sup>.

Es cierto que, como subraya Zaccaria, esta perspectiva encuentra su limitación fundamental en su referencia a la imagen ideal del juez y de la formación de las premisas de la decisión más que a la forma en que ésta se produce en la experiencia concreta del proceso<sup>44</sup>. Ésta es, sin embargo, una perspectiva importante, especialmente si se toman en

40. Cf. Zaccaria, *op. cit.*, pp. 54, 98 ss. En particular, sobre el «círculo» y sobre la «espiral» hermenéutica, cf. Larenz, *op. cit.*, p. 183 [tr. cast., *op. cit.*, pp. 194 s.]; Hassemer, *op. cit.*, p. 107; Zaccaria, *op. cit.*, p. 55; Baratta, *op. cit.*, p. 60. Se trata, por otra parte, de un concepto que los juristas toman, adaptándolo al problema de la interpretación de las normas, de la teoría general de la hermenéutica: v., en efecto, esencialmente Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, 1960, pp. 250 ss. [tr. cast., *Verdad y método: fundamentos de una hermenéutica filosófica*, a cargo de A. Agud y R. de Agapito, Salamanca, 1991, pp. 331 ss.] (y pp. 307 ss. —tr. cast., pp. 396 ss.— para el análisis del problema «ejemplar» de la hermenéutica jurídica), también Hoy, *The Critical Circle: Literature, History, and Philosophical Hermeneutics*, Berkeley-Los Angeles-London, 1978, pp. 41 ss., 107 ss., 117 ss., 141 ss., 166 ss. Sobre las relaciones entre hermenéutica filosófica y literaria y hermenéutica jurídica, cf. además Gadamer, *op. cit.*, pp. 307 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 396 ss.], Neumann, *Zur Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik*, en *Dimensionen der Hermeneutik*, cit., pp. 49 ss.; Müller y Dietz, *Zur literarischen und juristischen Hermeneutik*, *ivi*, pp. 157 ss.

41. Sobre las relaciones entre el concepto de *Tatbestand* y los de «supuesto de hecho» y «hecho jurídico» cf. Cataudella, *op. cit.*, p. 926; Maiorca, *op. cit.*, p. 113.

42. Cf., en particular, Hruschka, *op. cit.*, pp. 20 ss., 30 ss., 58 ss.

43. Sobre el problema de las elecciones en el ámbito de posibilidades de decisión que se crean sobre el caso a resolver v., especialmente, Larenz, *op. cit.*, pp. 279 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 289 ss.]; Hruschka, *op. cit.*, pp. 20 ss., 30 ss., 46 ss., 53 ss.; Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 252 ss.; Makkonen, *Zur Problematik der juristischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie*, tr. al., Turku, 1965, pp. 95 ss., 207 ss. y *passim*.

44. Cf. Zaccaria, *op. cit.*, p. 68.

cuenta los lugares comunes habituales en la cultura jurídica sobre los problemas que aquí se están considerando, en la medida en que pone en evidencia algunos aspectos fundamentales de la determinación de los hechos destinados a constituir el objeto de la prueba. De ella se obtiene, ante todo, la demostración analítica de la forma en que la «porción de realidad» que importa en el proceso es «recortada» a partir de la complejidad indeterminada del hecho histórico. Este recorte se realiza sobre la base de la relevancia jurídica de los hechos, identificada en función de la norma que se usa como regla de la decisión del caso. Se trata, pues, de una definición que resulta de un juicio (un conjunto de elecciones) formulado *ad hoc* sobre la base de la controversia concreta, pero no por ello subjetivo o irracional. Esto es así porque el baremo de juicio es en todo caso la norma, que es identificada en el caso concreto pero sigue siendo un criterio de decisión de orden general. Es sobre esta base como los problemas generales mencionados más arriba encuentran su solución específica, en cada caso concreto de forma distinta según el tipo de *Rechtsfall* que se identifique: así, por ejemplo, los problemas de la elección cualitativa de las circunstancias, de la determinación del «nivel de realidad» sobre el que se plantee el problema de la prueba y del grado de especificidad que deba tener la determinación del hecho en función del tipo de decisión que el juez deba tomar.

A partir de aquí, se subraya que, en realidad, la determinación del hecho que identifica la base de la controversia es el fruto de elecciones que a menudo contienen elementos valorativos, dado que acostumbra a ser valorativa la interpretación de la norma que permite individualizar el criterio de relevancia jurídica de los hechos<sup>45</sup>.

Se obtiene, además, que la identificación del hecho es siempre relativa y es, en general, el resultado de un procedimiento de hipótesis/control que puede ser muy complejo hasta que el juez alcance a establecer qué hechos específicos deben ser determinados, en la medida en que son relevantes a la luz de la norma que constituirá el criterio de decisión.

La función esencial que desarrolla la referencia a la norma aplicable en la definición del «hecho relevante» debe ser, sin embargo,

45. Sobre el rol de los juicios de valor en el proceso de interpretación de la norma v., en general, Larenz, *op. cit.*, pp. 192 ss., 222 ss. y especialmente pp. 273 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 203 ss., 231 ss. y especialmente pp. 283 ss.] en lo que se refiere a la individualización del hecho.

Sobre la determinación valorativa del hecho por parte de la norma y sobre las consecuencias que de ello se derivan, v. *infra*, apartado 3.

correctamente entendida para evitar confusiones que surgen a menudo —a causa de una definición poco clara de las relaciones entre hecho y derecho— a propósito de los problemas que aquí se están considerando.

La referencia a la norma y al supuesto de hecho sirve, como ya se ha dicho, para establecer qué circunstancias de hecho son jurídicamente relevantes en el caso concreto y, por tanto, para establecer qué hechos deben ser determinados a los efectos de la decisión. Esa referencia sirve, pues, para establecer cuál es el objeto del juicio de hecho, esto es, qué hechos son los que constituyen (= deberían constituir) el objeto de las pruebas a producir en ese proceso. Ésta es la finalidad específica de la referencia a la norma aplicable al caso, pero también el límite de esa referencia, es decir, el punto más allá del cual la norma aplicable ya no determina el juicio de hecho.

En otros términos: una cosa es establecer, sobre la base del criterio de relevancia jurídica derivado de la norma por hipótesis aplicable, *cuáles* son los hechos relevantes que deberían ser determinados y otra, en cambio, establecer *cómo* (es decir, con qué medios y según qué resultados cognoscitivos) esos hechos deben o pueden ser determinados. El primer problema afecta a la definición del objeto de la instrucción probatoria; el segundo afecta a la metodología y a los resultados de la determinación probatoria de los hechos. Evidentemente, se trata de problemas vinculados y en cierto modo complementarios, pero, en cualquier caso, de problemas *distintos*.

En resumen, únicamente el primer problema supone la interpretación de la norma, mientras que el segundo afecta al conocimiento del hecho: debe tratarse del hecho jurídicamente relevante (y no de un hecho irrelevante desde el punto de vista de la norma aplicable), pero, en todo caso, siempre se tratará de establecer la existencia de un *hecho*<sup>46</sup>.

46. Para una clara formulación de esta distinción cf. Larenz, *op. cit.*, pp. 294 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 303 ss.] y también Engisch, *op. cit.*, pp. 83 ss., y Hruschka, *op. cit.*, pp. 10, 14 ss., 24 ss. En cambio, a veces sucede que, para subrayar la incidencia de las normas sobre la individualización de los hechos, se reduce todo el problema únicamente a la dimensión normativa, perdiendo de vista la circunstancia de que se trata, en todo caso, de *hechos* y de su existencia. En este sentido, v., por ejemplo, White, *op. cit.*, y las críticas al respecto de Summers, *Comments on Alan White's «Facts in Law»*, en *Facts in Law*, cit., 120 ss. Esta reducción del problema del hecho a la dimensión normativa de la calificación jurídica está presente también en Varga, *The Non-cognitive Character*, cit., pp. 5 ss., 8 ss.; Id., *On Judicial Ascertainment*, cit., p. 64, como consecuencia del esfuerzo por poner en evidencia que el hecho se define en función de la norma. Está claro, sin embargo, que se trata de reducciones infundadas, dado que no puede eliminarse de ningún modo la dimensión «cognitiva» de la determinación del hecho sobre la base de las pruebas.



Esta distinción es —o, al menos, debería ser— obvia en sus términos generales, lo que resulta confirmado por el hecho de que es utilizada incluso en el ámbito de la línea teórica anteriormente mencionada<sup>47</sup> y que se caracteriza precisamente por apoyarse en la interrelación hecho/norma.

En todo caso, esa distinción es un instrumento para resolver problemas, no la solución misma de problema alguno. En realidad, la individualización del «hecho a probar» es a menudo dudosa y complicada, esencialmente por dos razones: por la forma en que las normas configuran los supuestos de hecho a los que se vinculan efectos jurídicos y porque, en cualquier caso, los hechos a probar tienen habitualmente características suficientemente distintas como para volver inaceptable cualquier forma de *reductio ad unum*.

Así pues, resulta confirmada la extrema complejidad y relatividad de la noción de «hecho» como objeto de prueba. El concepto de relevancia jurídica del hecho, entendido de forma dinámica en la medida en que se sitúa en el desarrollo de la actividad de elección y de interpretación de la norma aplicable al supuesto de hecho, constituye, sin embargo, un punto de referencia importante, ya que permite entender cómo se define en el caso concreto «el horizonte de decisión» sobre el hecho<sup>48</sup>.

Cómo definir la relevancia jurídica del hecho, precisamente a los efectos de individualizar el hecho que debe ser objeto de decisión, es, sin embargo, una operación nada sencilla. En efecto, no sólo supone las operaciones hermenéuticas que han sido apenas mencionadas, sino que implica también delicadas y complejas operaciones lingüísticas de paso y traducción entre lenguajes distintos<sup>49</sup>, que además asumen configuraciones muy distintas en función de los contextos culturales, además de institucionales y procesales, en que se sitúan<sup>50</sup>. El concepto de relevancia jurídica, entendido en sentido dinámico, es, pues, importante pero no resolutivo: es un punto de partida más bien que un punto de llegada en la comprensión de los problemas que afectan a la deter-

47. Cf. Zaccaria, *op. cit.*, p. 52.

48. Cf. Hruschka, *op. cit.*, pp. 30 ss.

49. V., en particular, Grace y Teschner, *op. cit.*, pp. 127 ss., 141 ss., que analizan de forma específica la relación hecho/norma como relación de *encoding/decoding* entre dos sistemas lingüísticos constituidos por el lenguaje ordinario y el lenguaje jurídico. Sobre la relevancia del aspecto lingüístico de la relación hecho/norma v., también, desde la perspectiva hermenéutica, Esser, *op. cit.*, pp. 32 ss., 50 ss., 106 ss., además de J. Jackson, *Questions of Fact*, cit., pp. 92 ss.; Ockelton, *Comments on John Jackson's «Questions of Fact and Questions of Law»*, in *Facts in Law*, cit., pp. 103 ss.

50. V., en particular, Varga, *op. cit.*, pp. 364, 371; Ockelton, *op. cit.*, pp. 102 ss.

minación de los «hechos». De ahí la necesidad de profundizar el análisis esencialmente en dos direcciones: la de la definición normativa de los hechos y la de su tipología en función de la forma en que las normas se ocupan de ellos.

2.2. *La identificación normativa.*—Dado que el supuesto de hecho (la *abstrakte Tatbestand*) definido por la norma por hipótesis aplicable al caso concreto funciona como criterio para seleccionar —entre la indiferenciada variedad de lo real y de los puntos de vista desde los que puede ser percibido— qué hechos (o qué versiones de qué hechos) son relevantes para la decisión, resulta que a los efectos de establecer cuáles son esos hechos es ante todo decisivo un conjunto de factores referidos a la forma en que las normas se ocupan de los hechos que califican como jurídicamente relevantes. En cierto sentido, el hecho (relevante) es aquello que es definido como tal por la norma aplicable: es el supuesto de hecho definido por la norma el que selecciona el hecho concreto al que la norma podrá ser aplicada<sup>51</sup>.

Sin embargo, con esto no se simplifica el problema de la determinación del hecho a probar sino que se complica notablemente, dado que no está claro en absoluto cómo las normas individualizan los hechos que califican como jurídicamente relevantes, ni qué consecuencias se derivan de ello para la definición de lo que constituye el objeto de la prueba.

Un problema general muy controvertido afecta, precisamente, a la posibilidad de afirmar que las normas «describen» hechos. Por un lado, siguiendo la conocida distinción de Hare entre «frástico» y «néustico» en el ámbito de los enunciados normativos, hay quien sostiene que en las normas hay un aspecto «descriptivo» (el «frástico») en el que la norma describe el hecho al que se vinculan consecuencias jurídicas<sup>52</sup>. Por ejemplo, en la doctrina italiana Scarpelli ha utilizado la distinción

51. Cf., por ejemplo, Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokio, 1987, pp. 10, 63 ss. [tr. cast., *Lo racional como razonable*, a cargo de E. Garzón Valdés, Madrid, 1991, pp. 44-45, 107 ss.], y especialmente Wróblewski, *Facts in Law*, en Id., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki, <sup>2</sup>1983, pp. 104 ss. Para un reciente análisis lógico del concepto de relevancia v. Holdcroft, *Relevance in Legal Proof*, en *Facts in Law*, cit., pp. 127 ss. El concepto de relevancia jurídica, o de supuesto de hecho, representa, por otra parte, un *tópos* clásico en la doctrina del «hecho jurídico»: para los aspectos dogmáticos de ese concepto v., en particular en la doctrina italiana, Cataudella, *op. cit.*, pp. 932 ss., 938 ss.; Falzea, *op. cit.*, pp. 942 ss.; Maiorca, *op. cit.*, pp. 112 ss., 124 ss., 132 s.

52. Sobre esta línea teórica v., entre lo más reciente, Pintore, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Napoli, 1990, pp. 89 ss.

entre «conceptos fácticos» y «conceptos calificadorios», atribuyendo a los primeros la función de describir hechos que son jurídicamente calificados por las normas<sup>53</sup>. Siguiendo este orden de ideas, es la norma la que define el hecho que es identificado como premisa de consecuencias de tipo prescriptivo. Se trataría de un hecho «histórico» o «bruto» que la norma selecciona en el momento en que le atribuye relevancia jurídica; ese hecho representaría la prótasis de la norma, es decir, aquello que debe probarse para que sea posible aplicar justamente la norma al caso concreto<sup>54</sup>.

No obstante, surgen a este respecto problemas relevantes que se afrontarán, al menos, sintéticamente.

Es ya un lugar común la consideración de que en las normas, como en cualquier otro contexto definitorio o cognoscitivo, el hecho no aparece como dato empírico material sino como objeto de una descripción, de un juicio, de una enunciación<sup>55</sup>. No es, pues, un dato absoluto objetivamente determinado *aliunde*, sino el resultado de una «construcción» lingüística y conceptual: es algo *artificial* que lleva la señal determinante del «constructor» y de los presupuestos y los métodos que han guiado o condicionado la construcción<sup>56</sup>. Del mismo modo que en la ciencia se afirma que los hechos son inevitablemente *theory-laden*<sup>57</sup> o que, en general, cualquier definición de un hecho es siempre

53. V., en particular, Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, nueva ed. a cargo de A. Pintore, Milano, 1985, pp. 123 ss., 133 ss., y *La definizione nel diritto*, ahora en Id., *Etica senza verità*, Bologna, 1982, pp. 209 ss.; también Pintore, *op. cit.*, pp. 91 ss., e Id., *Introduzione*, en Scarpelli, *Contributo*, cit., pp. 15 ss. 23 ss. No obstante, la autonomía de los «conceptos fácticos» parece ponerse en duda en otros escritos de Scarpelli: v., por ejemplo, Id., *Auctoritas non veritas facit legem*, en *Riv. fil.*, 1984, p. 32.

54. V., *supra*, capítulo I, 4.2.

55. V., *infra*, apartado 2.3.

56. V., en particular, Goodman, *op. cit.*, pp. 127 ss.; en el mismo sentido, Vaiga, *The Fact and its Approach*, cit., pp. 357 ss., 359 ss., 364; Id., *On Judicial Ascertainment*, cit., pp. 61, 68; Id., *The Mental Transformation*, cit., pp. 66 ss.; Nerhot, *op. cit.*, pp. 61 ss.; Bankowski, *The Value of Truth: Fact Skepticism Revisited*, en *Legal Studies* 1, 1981, pp. 262 s.

57. Cf. Pizzi, *Oggettività e relativismo nella ricostruzione dei fatti: annotazioni logico-filosofiche*, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, ed. por G. Ubertis, Milano, 1992, pp. 195 ss. Cf. además Krajewski, *Correspondence Principle and the Growth of Science*, Dordrecht-Boston, 1977, pp. 60 ss.; Strawson, *Truth*, en el vol. *Truth*, ed. por G. Pitcher, Englewood Cliffs, 1964, p. 32 [tr. cast., *Verdad*, a cargo de A. García Suárez y L. M. Valdés, en *Teorías de la verdad en el siglo xx*, ed. por J. A. Nicolás y M.<sup>a</sup> J. Frápolli, Madrid, 1997, p. 282]; Hanson, *Patterns of Discovery*, Cambridge, 1958, pp. 19 ss.; Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London, 1989, pp. 126, 183; Villa, *La formazione dei concetti e delle teorie nella scienza giuridica*, en *Materiali per una storia*

*culture-laden* o *value-laden*<sup>58</sup>, en el derecho y, en particular, en el lenguaje de las normas se tiende a decir que no se puede hablar de «hechos» en sentido estricto. Por la sola razón de ser definido por una norma o, más en general, por ser objeto del «discurso» jurídico (por ejemplo en el proceso) el hecho sería necesariamente *rule-laden* o *law-laden*, es decir, estaría inevitablemente definido mediante categorías jurídicas. No habría, por tanto, hechos «brutos» en el derecho, y mucho menos en las definiciones normativas, sino únicamente hechos «institucionales»<sup>59</sup>. Así pues, siempre resultaría decisiva la calificación jurídica del hecho en sentido lato, en la medida en que éste sería definido sólo jurídicamente; en cambio, resultaría irrelevante o sería completamente inexistente la dimensión «empírica» o «fáctica», en sentido estricto, de la definición normativa del hecho<sup>60</sup>.

Sin embargo, fácilmente puede comprobarse que este problema no se sitúa en el plano ontológico (es decir, no se refiere a la existencia

*della cultura giuridica*, 1985, p. 394; Id., *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, Milano, 1984, pp. 131 ss., 165 ss., 173 ss. Debe, sin embargo, recordarse al respecto la importante observación de Quine (cf. *The Pursuit of Truth*, Cambridge, Mass.-London, 1990, pp. 6 ss. —tr. cast., *La búsqueda de la verdad*, a cargo de J. Rodríguez Alcázar, Barcelona, 1992, pp. 23 ss.—) según la cual la *theory-ladenness* es siempre una cuestión de grados y de puntos de vista. Por un lado, en efecto, no está excluida la posibilidad de observaciones que puedan considerarse *theory-free*. Por otro lado, todo o nada puede ser *theory-laden* en función del nivel en que se sitúe el «hecho» en relación con el punto de vista de la teoría que lo observa.

58. V., por ejemplo, Putnam, *Razón, verdad e historia*, tr. cast. a cargo de J. M. Esteban, Madrid, 1988, pp. 132 s.

59. Esta distinción pertenece a Searle (v., principalmente, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969, pp. 50 ss., 175 ss. —tr. cast., *Actos de habla*, a cargo de L. M. Valdés Villanueva, Madrid, 1990, pp. 58 ss., 178 ss.—) pero se ha convertido en uso común entre los filósofos del derecho. Cf., especialmente, McCormick y Weinberger, *Introduction*, en McCormick y Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, 1986, pp. 1 ss.; McCormick, *On Analytical Jurisprudence*, *ivi*, pp. 98 ss.; Weinberger, *Facts and Fact-Descriptions. A Logical and Methodological Reflection on a Basic Problem for the Social Sciences*, *ivi*, pp. 78 ss.; Jackson, *Semiotics and Legal Theory*, London-New York, 1985, pp. 176 ss.; Peczenik, *op. cit.*, pp. 233 ss.; Mazzarese, *op. cit.*, pp. 4 s., 7. Se remiten a esta discusión todos aquéllos que, explícita o implícitamente, sostienen la tesis de que los hechos definidos por normas son, por ello, necesariamente institucionales (v. la nota siguiente).

60. Cf., por ejemplo, McCormick, *Law as Institutional Fact*, en McCormick y Weinberger, *op. cit.*, p. 49; Id., *On Analytical Jurisprudence*, *cit.*, pp. 98 ss.; Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1990, p. 81; Id., en Castignone, Guastini y Tarello, *op. cit.*, pp. 189 ss.; Varga, *The Fact and Its Approach*, *cit.*, pp. 373 ss.; Id., *A Framework for the Analysis of Judicial Discourse*, en *Reason in Law*, I, Milano, 1987, p. 294; Id., *On Judicial Ascertainment*, *cit.*, pp. 61 ss., 68; Mazzarese, *op. cit.*, p. 9; White, *op. cit.* Respecto de esta línea v. las consideraciones de Pintore, *op. cit.*, pp. 198 ss., y de Peczenik, *op. cit.*, pp. 233 ss.

material de los hechos) sino en el semántico, en la medida en que se refiere a la individualización del significado de las normas. Más específicamente, se pone el acento en el lenguaje de las normas<sup>61</sup>, ya que es sobre él, y sobre la forma de entender su estructura, que se plantea la posibilidad de individualizar definiciones normativas de hechos «brutos» o la necesidad de reconocer únicamente la presencia de hechos «institucionales».

Con todo esto, no obstante, se está muy lejos de resolver la cuestión de cómo las normas definen los hechos y, por tanto, de cómo es individualizado el hecho que sirve de base para la decisión. Al respecto, en realidad, hay algunas dificultades que deben ser resueltas por quien pretenda establecer qué hecho debe ser probado como presupuesto para la aplicación de una determinada norma.

La primera dificultad consiste en la «vaguedad» del lenguaje de las normas, que está siempre notoriamente presente<sup>62</sup>, pero que se da especialmente en la parte de la norma referida a la individualización del hecho<sup>63</sup>. Al respecto, parece al menos sensata la observación de que las normas deberían ser lo más claras y precisas posible, precisamente, en la individualización de los presupuestos fácticos de su aplicación<sup>64</sup>. Pero, más allá del hecho de que no es posible una precisión absoluta<sup>65</sup>, resulta que en concreto las normas son a menudo vagas precisamente en la individualización de aquellos presupuestos. El «grado» de vaguedad no es obviamente constante, ya que depende del grado de precisión y claridad del lenguaje usado, además del grado de concreción/*genericidad* de las determinaciones fácticas<sup>66</sup>: resulta intuitivo que una

61. Cf. Ferrajoli, *La formazione e l'uso dei concetti nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1985, pp. 410 ss.

62. Cf. Luzzati, *Vaguezza, interpretazione e certezza del diritto*, en *Analisi e diritto*, 1990, pp. 136 ss.; *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, pp. 13 ss., 70 ss., 86 ss., 279 ss., 299 ss., 353 ss.; Diciotti, *Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato*, en *Analisi e diritto*, 1992, pp. 97 ss.

63. Cf. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., pp. 81, 114, 116.

64. Cf. Scarpelli, *La definizione*, cit., p. 209. Análogamente, Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 409 ss.; Id., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1990, pp. 7 ss. [tr. cast., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, a cargo de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Madrid, 1995, pp. 35 ss.].

65. En efecto, destaca Ferrajoli, *La formazione e l'uso dei concetti*, cit., p. 411, que esto sería únicamente posible en un lenguaje jurídico completamente formalizado. Sin embargo, la vaguedad no es *a priori* incompatible con la precisión: cf. Quine, *Word and Object*, Cambridge, Mass., reed. 1990, p. 126 [tr. cast., *Palabra y objeto*, a cargo de M. Sacristán, Barcelona, 1968, pp. 137-138].

66. Sobre la distinción entre vaguedad y ambigüedad, *genericidad* y *generalidad*, cf. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, cit., pp. 46 ss. Sobre los grados de vaguedad v. *ibid.*, pp.

norma que hable de «automóviles» es más específica y menos vaga que una norma que hable de «vehículos», pero —más allá del hecho de que obviamente tienen distintos campos de aplicación— ambas normas siguen siendo (en distintos grados) vagas (quedando, por ejemplo, por determinar si, y en qué casos, una ambulancia es un automóvil y si, y en qué casos, un cochecito para niños es un vehículo)<sup>67</sup>.

Se obtiene de ello que un aspecto esencial para la identificación de aquello que debe ser probado para que pueda aplicarse una determinada norma consiste en la reducción de la vaguedad referida a la individualización de los presupuestos fácticos<sup>68</sup>. Esta operación es menos problemática en el caso, no muy frecuente, de que la norma use un lenguaje fáctico simple, uniforme y determinado. Es, en cambio, más compleja si el lenguaje es complicado, oscuro y variable, aunque sólo sea porque en ese caso aumenta el ámbito de discrecionalidad que sirve al intérprete para establecer *un* significado plausible de la norma<sup>69</sup>.

La segunda dificultad consiste en el hecho de que no existe una clara distinción entre «lenguaje ordinario» y «lenguaje jurídico», ni siquiera en lo que concierne a la individualización de los presupuestos fácticos de la aplicación de las normas. Por un lado, es verdad que muy a menudo el lenguaje de las normas «toma prestadas» expresiones del lenguaje común: es más, esto sucede típicamente en el ámbito de la determinación de los hechos por parte de las normas<sup>70</sup>. Se trata, sin

92 ss.; cf. además Diciotti, *op. cit.*, pp. 100 ss. En general sobre el problema de la vaguedad del lenguaje cf., especialmente, Quine, *op. ult. cit.*, pp. 125 ss. [tr. cast., pp. 137 ss.].

67. Evidentemente, cuanto más precisa es la definición contenida en la norma, más determinados están los hechos que le son reconducibles (Ferrajoli, *op. ult. cit.*, p. 410). Se trata, sin embargo, de distinciones de grado que no son fácilmente determinables ni susceptibles de definiciones teóricas rigurosas, estrechamente ligadas al lenguaje específico de la norma y al contexto lingüístico de su interpretación (v. Ferrajoli, *ivi*, p. 411).

68. Sobre las técnicas de reducción de la vaguedad v., ampliamente, Luzzati, *op. ult. cit.*, pp. 83 ss.; sobre la interpretación de normas vagas v. *ibid.*, pp. 101 ss., 157 ss., 201 ss., 241 ss., 319 ss.

69. Esto no implica en absoluto que la norma tenga, o pueda tener, *un solo* significado plausible o «justo». La tesis de la *one right answer* sostenida por Dworkin es, en efecto, insostenible por varias razones (cf., también para ulteriores remisiones a muchas contribuciones críticas sobre este punto, Peczenik, *op. cit.*, pp. 301 ss.; Wróblewski, *Problems related to the one right answer thesis*, cit., pp. 240 ss.; Taruffo, *La Corte di Cassazione e la legge*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, pp. 336 ss.). En el texto se hace referencia únicamente al hecho de que, en todo caso, en la decisión sobre un caso concreto, el juez elige un significado plausible entre los distintos significados posibles. Sobre este punto, esto es, sobre la determinación del significado de la norma que resulta de la decisión judicial, cf., ampliamente, Diciotti, *op. cit.*, pp. 130 ss.

70. Cf. Pintore, *op. cit.*, pp. 284 ss., 307 ss.; Diciotti, *op. cit.*, pp. 114 ss., 122 ss. En general, sobre la «tecnificación» del lenguaje jurídico y sobre sus relaciones con el lenguaje ordinario, cf. Tarello, *op. cit.*, pp. 108 ss.

embargo, de un dato histórico y culturalmente contingente, ligado, por ejemplo, a fenómenos como la mayor o menor difusión de una jerga técnico-burocrática que muchas veces es empleada también en casos en que el lenguaje común sería más simple y más claro<sup>71</sup>. Por otro lado, es dudoso que una expresión del lenguaje común mantenga rigurosamente su significado extrajurídico una vez que ha sido insertada en el contexto de una norma (incluso si se admite que se puede determinar en todo caso y con certeza —lo que a menudo no sucede— cuándo una expresión pertenece al lenguaje común y cuando pertenece al lenguaje jurídico)<sup>72</sup>. Además, es lícito sostener que cuando una expresión del lenguaje común existe *también* en el lenguaje jurídico y tiene en este último un significado técnico identificable autónomamente, es este último el que debe ser adoptado en la interpretación de la norma<sup>73</sup>. Si, por ejemplo, una norma se refiere a la posesión de una casa por un cierto período de tiempo, parece claro que prevalece el concepto técnico-jurídico de posesión, que proviene del artículo 1140 cod. civ. it., y no la idea corriente de posesión que determina su significado en el lenguaje común. En resumen, parece que los significados del lenguaje común pueden sólo servir (manteniéndose el lenguaje «común» como «común») en los casos, poco frecuentes, en que la expresión usada para identificar un hecho no tenga (o no tenga todavía) un significado «jurídico».

Sin embargo, lo anterior no ofrece criterio estable alguno para la resolución del problema inherente a cómo se determinan los hechos

71. En efecto, se observa que la distinción entre hecho «bruto» y hecho «institucional» no es rígida sino de grado, variable en función de los distintos contextos sociales y culturales: cf. Varga, *op. cit.*, pp. 365 s., 367; Ockelton, *op. cit.*, pp. 102 ss.

72. Esto no implica en absoluto que, de alguna forma, el derecho sea un lenguaje autónomo y autosuficiente hasta el punto de poder prescindir del lenguaje ordinario. Al contrario, permanece ligado a él (en este sentido, muy claramente, Pintore, *op. cit.*, pp. 308 ss.; también Luzzati, *op. ult. cit.*, pp. 225 ss.; Diciotti, *op. cit.*, pp. 122 ss.; Lazzaro, *Diritto e linguaggio comune*, en *Riv. trim. proc. civ.*, 1981, 140 ss.; Tarello, *op. cit.*, 110 ss.), pero el traslado de expresiones del lenguaje ordinario al lenguaje jurídico *puede* modificar en alguna medida su significado (sobre las diferencias y las relaciones entre los dos lenguajes cf. Grace y Teschner, *op. cit.*, pp. 141 ss.). Por otra parte, no es siquiera necesario sostener que el significado jurídico de esas expresiones es *siempre y completamente* autónomo y distinto de su significado no jurídico. Sobre estos problemas, las tesis «intermedias» (sobre las que puede verse Pintore, *op. cit.*, p. 314, y Luzzati, *ibid.*) parecen dotadas de mayor razonabilidad y realismo que las tesis radicales, que no distinguen el lenguaje jurídico del ordinario o que, en sentido opuesto, sostienen que existe una separación total entre ambos lenguajes.

73. En este sentido, v. Cian y Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 1992, p. 19, VII, 3. También Tarello, *op. cit.*, p. 113; Diciotti, *op. cit.*, pp. 122 ss., 125.

por las normas: en cada caso, la posibilidad de que el hecho se identifique mediante el lenguaje no jurídico (y sea, pues, definible como «bruto») o el lenguaje jurídico (y sea, pues, *law-laden*) depende de la relación contingente que en ese momento y en esa cultura jurídica se produzca entre el lenguaje común y el lenguaje ordinario en referencia a esa materia particular<sup>74</sup>.

Hay, sin embargo, un punto muy importante que debe precisarse desde la perspectiva que interesa principalmente en este momento, es decir, desde el punto de vista de la forma en que las normas condicionan la individualización de los hechos destinados a ser objeto de prueba. El punto, quizás banal pero que merece ser subrayado, es que es necesario distinguir entre la forma en que las normas individualizan el hecho y el hecho mismo que es individualizado. Esto es, debe quedar claro que no sólo se habla del hecho cuando la norma emplea el lenguaje común —por decirlo así— «en estado puro» (admitido que esto suceda) y, por tanto, define un hecho hipotéticamente «bruto». También cuando la norma emplea el lenguaje jurídico y, por tanto, individualiza «hechos institucionales» o «hechos jurídicos» (en el sentido de que son necesarios conceptos jurídicos para establecer su significado), se hace siempre referencia a *hechos*, es decir, a ocurrencias del mundo extrajurídico cuya verificación es, en todo caso, condición para la aplicación de la norma al caso concreto<sup>75</sup>. Que el «daño» sea un concepto jurídico no excluye que determinadas circunstancias deban ser verificadas para que alguien tenga derecho al resarcimiento; del mismo modo, se puede sostener que no detenerse ante una señal de «Stop» es un hecho *law-laden*, pero esto no impide que lo que se castiga sea un comportamiento material. La mayoría de edad es un estatus jurídico, pero éste existe únicamente respecto de aquellos que nacieron antes de una determinada fecha. La ejemplificación podría continuar, pero estos casos obvios bastan para mostrar que también cuando la norma emplea conceptos indudablemente jurídicos para individualizar los hechos (o incluso desde el punto de vista de quien sostiene que las normas

74. Cf. Varga, *The Fact and its Approach*, cit., pp. 373 ss. En todo caso, se trataría de un hecho «bruto» sólo desde el punto de vista del lenguaje jurídico, pero no de forma absoluta; se podría decir de él, en efecto, que es *theory-laden* o *culture-laden* en referencia a los esquemas conceptuales no jurídicos que se usan para definirlo en el ámbito del lenguaje común.

75. Al respecto, v. en particular Peczenik, *op. cit.*, p. 234, donde se destaca que los hechos «institucionales» se individualizan identificando hechos «brutos» e interpretándolos mediante conceptos institucionales. Esto es, también los hechos institucionales son *hechos* y, como tales, tienen una base empírica pre o extra-institucional. En el mismo sentido, cf. Summers, *Comments*, cit., pp. 121 ss.



siempre individualizan hechos jurídicos) hay, en todo caso, *un hecho histórico* en la base de la aplicación de la norma<sup>76</sup>.

No se puede decir, en consecuencia, que la referencia a la realidad extrajurídica exista sólo cuando la norma emplea el lenguaje común y no así cuando la norma emplea conceptos del lenguaje jurídico o, más aún, que nunca exista, si se sostiene que la individualización del hecho es siempre «jurídica».

En realidad, aquí el problema no es ontológico sino lingüístico, en el sentido de que el hecho material que fundamenta la aplicación de la norma puede ser individualizado con lenguajes distintos en función de si la norma utiliza o no (y de la forma en que lo haga) términos «prestados» del lenguaje común.

Esto no impide —como ya se ha destacado— que el hecho sea sólo el indicado por la norma y, por tanto, que sea individualizado en función del significado de la norma (es decir, en función de los criterios semánticos aplicables a la misma), pero esto significa únicamente que el hecho relevante puede ser X o Y según la forma en que la norma lo defina. No significa, en cambio, que no exista ningún hecho material relevante sólo porque la norma emplee el lenguaje jurídico para establecer en qué casos se verifican efectos jurídicos.

Así pues, la determinación del hecho jurídicamente relevante es un problema semántico, en el sentido en que se trata de establecer qué significa la norma en lo que se refiere a la individualización del hecho, es decir, cuál es el hecho que la norma define como presupuesto de su propia aplicación. En función del lenguaje empleado por la norma esta operación puede resultar más fácil o más difícil, más directa o más mediata, más intuitiva o más compleja, más «de sentido común» o más «técnico-jurídica». Obviamente, es más fácil y directa cuando la norma usa «conceptos fácticos» (por utilizar la expresión de Scarpelli) más próximos a la experiencia común y los formula con expresiones extraídas directamente del lenguaje común («muerte», «velocidad», «convivencia», etc.), mientras que es más compleja y mediata cuando el hecho es individualizado mediante lenguaje «jurídico» («daño grave», «hecho ilícito», «posesión», etc.) o cuando no está exactamente determinado (como sucede con las cláusulas generales). Lenguajes distintos requieren semánticas distintas y, obviamente, conducen a resultados in-

76. Incluso los teóricos de los «hechos institucionales» no excluyen este aspecto. Así por ejemplo Weinberger destaca que las técnicas definitorias típicas de los hechos «brutos» no agotan la definición de los hechos «institucionales», pero no excluye que también el hecho institucional tenga bases empíricas (v. *Facts and Fact-Descriptions*, cit., pp. 82 ss.).

interpretativos diferentes, es decir, a la individualización de hechos distintos, en función precisamente de las connotaciones que el problema interpretativo asuma en cada caso.

Constatar la extrema variabilidad de los caracteres que la determinación del hecho puede asumir, en función del lenguaje utilizado por la norma, ofrece una confirmación adicional de la inaceptabilidad de la idea según la cual el concepto de «hecho jurídicamente relevante» es simple o, en cualquier caso, reducible a una unidad.

La misma constatación, sin embargo, conlleva el riesgo de disolver el problema que aquí se discute en la infinita variabilidad de los casos particulares, de los lenguajes y de sus posibles combinaciones, de las técnicas interpretativas y de las semióticas jurídicas y no jurídicas. El riesgo es que dentro de esta variabilidad se pierda de vista el «hecho» (o, mejor, «los hechos»), es decir, la circunstancia de que, en todo caso, la individualización del supuesto de hecho se realiza en sede de interpretación *en el proceso concreto*, a los efectos de establecer lo que debe ser probado en ese caso.

Una vez constatado que «el hecho» no es unitario, es conveniente buscar algún criterio orientativo que, al menos en alguna medida, reduzca su multiplicidad. Es obviamente absurdo prefijarse la construcción de una tipología coherente y completa de los «hechos» mismos. Pero puede resultar útil analizar alguna hipótesis particularmente relevante, aunque sólo sea para mostrar *per exempla* la complejidad —y también la importancia— de los problemas referidos a la determinación normativa del hecho.

2.3. *Hechos y enunciados sobre hechos.*—Las observaciones que preceden ponen en evidencia un aspecto del problema del «hecho» en el juicio que resulta obvio en muchos sentidos pero que, sin embargo, debe precisarse expresamente.

Cuando se habla de «construcción», «definición» o «identificación» del hecho, o de individualización del nivel de realidad o del grado de precisión en el que aquél es determinado<sup>77</sup>, o también del modo en que las normas individualizan los hechos jurídicamente relevantes<sup>78</sup>, parece evidente que no se hace referencia al hecho en cuanto ocurrencia de la realidad empírica, sino a enunciados, de distinta naturaleza, que se refieren a ocurrencias que se supone que suceden en el mundo de la realidad empírica. Los hechos del mundo real existen (cuando existen) según modalidades empíricas absolutamente independientes de la esfe-

77. V., *supra*, apartado 2.1.

78. V., *supra*, apartado 2.2.

ra de las determinaciones conceptuales, valorativas o normativas<sup>79</sup>: no son los eventos del mundo real los que se «construyen», «definen» o «identifican», porque éstos, por decirlo así, «suceden» de forma absolutamente independiente de las categorías, de los conceptos y de las valoraciones que a ellos se refieren. Lo que se construye o se define en función de conceptos, valores o normas son enunciados relativos a hechos del mundo real o, en el caso de hechos particularmente complejos, *versiones* de segmentos de experiencia o de sectores de la realidad, que tienen alguna relevancia en el juicio.

En consecuencia, en el proceso «el hecho» es en realidad lo que se dice acerca de un hecho: es la enunciación de un hecho, no el objeto empírico que es enunciado<sup>80</sup>.

Se habla habitualmente de *descripciones* del hecho para referirse a la enunciación, la definición o la reconstrucción de un hecho<sup>81</sup> por parte de sujetos como el testigo, el juez o el legislador. Sin embargo, ésta es una fórmula fuertemente reductiva, que no se adopta siempre de forma rigurosa. En efecto, son muchas las formas en que un hecho es enunciado por un sujeto u otro y no todas ellas son descripciones en sentido estricto.

Así, por ejemplo, como se ha visto anteriormente<sup>82</sup> y se verá más ampliamente en las páginas que siguen, surgen problemas relevantes a propósito de las definiciones normativas de los hechos. Mientras que un testigo que narra un hecho lo describe como verdadero y otro tanto hace el juez que lo da por probado en la sentencia, no sucede lo mismo en las definiciones normativas de los hechos. Las normas no individualizan hechos para enunciar que éstos existen sino para decir que, si se verifica un hecho de un cierto tipo, se pueden producir determinadas consecuencias jurídicas. En la norma, la indicación del hecho es una prótasis, si se observa la estructura completa del enunciado normativo, no una afirmación acerca de la existencia del hecho<sup>83</sup>. Esto último, por otra parte, queda excluido por el hecho de que mientras que la enunciación fáctica del testigo o del juez se refiere a un hecho individual o específico, la norma se expresa en términos generales y abstractos, es

79. Cf. Landowski, *Verité et vérédiction en droit*, en *Droit et société* 8, 1988, p. 48.

80. Exactamente en el mismo sentido, Varga, *The Fact and its Approach*, cit., p. 359; Id., *On Judicial Ascertainment*, cit., p. 63. También Ubertis, *La ricerca de la verità giudiziale*, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, cit., pp. 9 ss.; Weinberger, *op. ult. cit.*, pp. 80-81, y White, *op. cit.*, p. 114.

81. Una descripción de hechos es todo aquello que se usa como aserción acerca de características del mundo real: cf. Weinberger, *op. y loc. ult. cit.*

82. V. apartado 1.

83. V., *supra*, capítulo I, 4.2.

decir, individualiza «clases de hechos» o «supuestos de hecho abstractos» y no hechos concretos. Sólo los hechos concretos pueden ser descritos como existentes en la realidad empírica, mientras que las clases de hechos o los supuestos de hecho abstractos pueden ser definidos o conjeturados, pero no propiamente descritos como datos empíricos. Es conocido, por otra parte, que uno de los problemas fundamentales del juicio afecta precisamente a las modalidades mediante las que se reconduce la descripción de un hecho empírico específico a un supuesto de hecho abstracto normativamente determinado<sup>84</sup>.

Por otro lado, hablar de descripción de los hechos puede resultar reductivo porque la «construcción» o «individualización» de los hechos pueden no ser «descriptivas» en sentido estricto. En efecto, puede suceder que un hecho sea individualizado o definido sin hacer (exclusiva) referencia a las modalidades empíricas que lo individualizan como ocurrencia material, sino (también) a través de la definición de aspectos valorativos referidos al hecho o mediante calificaciones jurídicas (o «institucionales») de naturaleza diversa<sup>85</sup>. Esto sucede habitualmente en el lenguaje de las normas y de su interpretación, pero también en el lenguaje del juez, del abogado o del testigo. Por tanto, se puede hablar de descripciones de hechos en un sentido no riguroso, pero resulta útil tener en cuenta que no toda enunciación acerca de un hecho es una verdadera y estricta descripción<sup>86</sup>. Esto es, no todo enunciado que versa sobre un hecho pretende describirlo como un suceso que ha tenido lugar en el mundo de los fenómenos empíricos: no por casualidad, surgen problemas relevantes cuando, por ejemplo, es necesario distinguir entre la descripción y la valoración de un hecho a los efectos de establecer cuál es, propiamente, el objeto de la prueba de ese hecho<sup>87</sup>.

Debe destacarse también que puede individualizarse el hecho de maneras muy distintas, tanto en el lenguaje común como, en particular, en el lenguaje de las normas y de sus respectivos supuestos de hecho. En efecto, puede variar el grado de analiticidad con el que es definido el hecho jurídicamente relevante, pero también el grado de precisión y determinación o de vaguedad, ambigüedad, *genericidad* o

84. Es el problema de la subsunción o, en cualquier caso, de la reconducción del hecho a la norma. Sobre este punto v., *supra*, apartado 2.1.

85. V., *supra*, apartado 2.2. Sobre la variedad de los enunciados acerca de los hechos v., en particular, Guastini, en Castignone, Guastini y Tarello, *op. cit.*, pp. 187 ss., 208 ss.

86. Sobre la inadecuación de los criterios normales de descripción cuando se trata de hechos «institucionales» v., en particular, Weinberger, *op. ult. cit.*, pp. 82 ss.

87. V., más ampliamente, *infra*, apartado 3.

indeterminación con el que las normas individualizan los hechos a los que se refieren<sup>88</sup>. Así, puede haber hechos «simples» o «complejos», «individuales» o «colectivos», «positivos» o «negativos», y así sucesivamente, según los criterios de clasificación que en cada momento se consideren preferibles<sup>89</sup>.

Está claro que estas variaciones y tipologías no se refieren a los hechos, entendidos como ocurrencias empíricas, sino a las enunciaciones que versan sobre los hechos. No tiene sentido, por ejemplo, decir que un hecho empírico es simple o complejo, porque sólo puede ser simple o compleja su descripción en función del grado de analiticidad y de precisión de la descripción y de la extensión del «segmento de realidad» que aquélla identifica y define como «hecho»<sup>90</sup>. Así, hay «hechos» muy elementales o puntuales, como la pronunciación de una palabra por parte de un cierto sujeto en un momento determinado, y «hechos» muy amplios y complejos, como años de vida conyugal. Es obvio, por otra parte, que estas distinciones se refieren a la forma en que el hecho es definido y descrito, no a su realidad empírica. Con mayor razón, vale el mismo discurso cuando las variantes y tipologías no surgen desde el interior de las «descripciones» de los hechos en sentido estricto, sino que dependen del empleo de calificaciones no descriptivas, como en el caso de las enunciaciones que implican valoraciones o atribuciones de relevancia jurídica.

No hay, pues, nada «necesario» en ninguna definición o enunciación de hecho, independientemente del sujeto del que provenga. Todo enunciado fáctico es siempre uno entre muchos enunciados posibles acerca del mismo hecho<sup>91</sup>, que es seleccionado y «preferido» respecto a los demás enunciados posibles en función de elementos del contexto en el que es empleado<sup>92</sup>: esto es, depende del sujeto que realiza la enunciación (definición, hipótesis, descripción, etc.), de los criterios que emplea para individualizar el hecho (grado de precisión, presencia o ausencia de valoración o de calificación jurídicas) y del lenguaje que se usa (común o jurídico, vago o preciso, etc.)<sup>93</sup>.

88. Sobre estos conceptos cf. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, cit., pp. 46 ss., 92 ss.; Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., pp. 114 ss.

89. V., *infra*, apartados 4, 5.1, 5.2, 5.3.

90. Sobre estos problemas v., más ampliamente, *supra*, apartado 2.

91. Cf. especialmente Goodman, *op. cit.*, pp. 130 ss.

92. V. una vez más Goodman, *op. cit.*, pp. 132 ss. y 164 ss.

93. Esto es así tanto respecto de los enunciados en sí mismos como respecto de las razones por las que éstos pueden ser distintos. Otra cosa es el problema de la elección entre enunciados diferentes, en cuyo caso puede entrar en juego el problema de la verdad (v., sobre este punto, *supra*, capítulo I, 2.1 y 4.1).

Del mismo modo, y sustancialmente por las mismas razones, debe descartarse que exista una definición o descripción de un hecho que pueda denominarse «buena» o «completa» *a priori*. Toda identificación o enunciación de un hecho es siempre relativa a los criterios que un determinado sujeto usa para realizarla, de forma que el verdadero problema concierne a la elección o al empleo de esos criterios, no a presuntas cualidades intrínsecas de la enunciación y mucho menos de los sucesos empíricos que constituyen su objeto. Toda definición o descripción de un hecho es, pues, relativa, convencional o «contextual»<sup>94</sup>, pero esto vale para las enunciaciones normativas o, en general, para las calificaciones jurídicas de los hechos, en las que opera un criterio de selección representado por la relevancia jurídica del hecho. Esto es, del hecho sólo importan los aspectos que corresponden a su respectivo esquema legal; los otros aspectos, que también existen en el mundo real, no «existen» en el mundo jurídico simplemente porque «no interesan» desde el punto de vista del derecho<sup>95</sup>.

En este contexto, debe hacerse una consideración adicional acerca de la «verdad de los hechos». Se han visto ya algunos aspectos del problema<sup>96</sup> y más adelante se presentará una posible solución<sup>97</sup>. Lo que aquí se quiere subrayar es que tampoco las calificaciones en términos de verdad/falsedad se aplican, obviamente, a los hechos entendidos como sucesos del mundo material, sino sólo a las enunciaciones que a ellos se refieren. Los hechos materiales existen o no existen, pero no tiene sentido decir *de ellos* que son verdaderos o falsos; sólo los enunciados fácticos pueden ser verdaderos, si se refieren a hechos materiales sucedidos, o falsos, si afirman hechos materiales no sucedidos. En consecuencia, la «verdad del hecho» es únicamente una fórmula elíptica para referirse a la verdad del enunciado que tiene por objeto un hecho.

Por otra parte, debe destacarse que la verdad/falsedad no es propiamente predicable de todas las enunciaciones que, en el proceso, versan de alguna forma sobre hechos. Por un lado, es necesario en efecto considerar que no todas las enunciaciones relativas a hechos van acompañadas y son caracterizadas por «pretensiones de verdad»<sup>98</sup>. El

94. V., *supra*, capítulo I, 4.3 y, en particular, Varga, *The Fact and Its Approach*, cit., pp. 369 ss., 371.

95. Al respecto v., más ampliamente, *infra*, apartado 2.4.

96. V., *supra*, capítulo I, apartados 2 y 4.

97. V., *infra*, capítulos III y IV.

98. Sobre la pretensión de verdad correspondiente a actos lingüísticos que representan estados de cosas v. Sbisà, *Linguaggio, ragione, interazione. Per una teoria pragmatica*

testigo que describe un hecho sostiene que dice la verdad y con ello califica como verdaderas sus propias declaraciones, y lo mismo sucede con el juez que sostiene que ha determinado el hecho. Sin embargo, es discutible si las enunciaciones fácticas realizadas por los abogados tienen realmente «pretensiones de verdad», aunque obviamente son presentadas como «verdaderas»<sup>99</sup>, o si se trata más bien de hipótesis que deben someterse a control y confirmación mediante las pruebas. Por otra parte, está claro que no tienen «pretensiones de verdad» las determinaciones fácticas contenidas en las normas, ya que se trata de la definición de supuestos de hecho destinados a funcionar como criterios de selección y calificación, no de afirmaciones acerca de la existencia de circunstancias concretas. Por tanto, no se podrá hablar de la verdad de las definiciones normativas de los hechos y, en cambio, sí se podrá hablar de la verdad de los enunciados fácticos que pretenden ser verdaderos en la medida en que, precisamente, se presentan como descripciones verídicas de hechos concretos.

No todas las enunciaciones relativas a hechos pueden ser verdaderas o falsas, porque no todas son descripciones de hechos. En efecto, la descripción es típicamente la enunciación de un hecho realizada en términos que implican la referencia a algún criterio de verdad (habitualmente la correspondencia con algún evento del mundo real)<sup>100</sup>; así pues, la descripción puede ser verdadera o falsa en función de algún criterio de verdad. No se puede decir lo mismo de todas las enunciaciones que se refieren a hechos: por ejemplo, un enunciado valorativo (que exprese la valoración de un hecho) podrá ser fundado o infundado, compatible o no (en función de los valores a los que se refiera), pero no es en sí mismo verdadero o falso como sí lo es un enunciado descriptivo<sup>101</sup>.

Si se toma en cuenta lo dicho resulta bastante evidente que es lícito hablar de «hechos», de «hechos verdaderos» o de «verdad de los hechos», así como de determinación o indeterminación de los hechos, de hechos negativos o positivos, simples o complejos, y así sucesivamente, con la condición que esas expresiones sean entendidas como abrevia-

*degli atti linguistici*, Bologna, 1989, pp. 74 s., 104 ss., 175 ss., 276. Sobre las pretensiones de verdad de los hechos narrados en el proceso cf. Jackson, *Narrative Models*, cit., p. 246. Cf. también Landowski, *op. cit.*, pp. 51, 57.

99. Queda excluida cualquier pretensión de verdad en las *stories* narradas por los abogados si se tienen en cuenta las tácticas retóricas que usan para presentar sus versiones del caso; cf. al respecto Bennett y Feldman, *op. cit.*, pp. 93 ss., 116 ss., 150 ss.

100. V., por todos, Weinberger, *op. cit.*, pp. 78 ss., 80-81.

101. Sobre las determinaciones valorativas de los hechos v., *infra*, apartado 3.

ciones lingüísticas. No es posible, en efecto, entender que se refieren a cosas o eventos del mundo real y que a esas cosas o eventos se refieren calificaciones como la verdad, la determinación, la complejidad y las demás que se han mencionado y que serán analizadas en las páginas siguientes. Es necesario, en cambio, considerar que las expresiones examinadas se pueden referir únicamente a las enunciaciones acerca de hechos y que sólo a nivel de las enunciaciones, y de las modalidades con las que *éstas* se refieren a los hechos, tienen sentido aquellas calificaciones.

Esto no significa que el problema de los hechos se plantee únicamente en las enunciaciones que versan sobre hechos o sólo en el ámbito de las normas que individualizan hechos, es decir, únicamente en el ámbito del lenguaje o de las narraciones, y que, por tanto, necesariamente deba abandonarse cualquier vinculación significativa con el mundo de las ocurrencias empíricas. Esta consecuencia podría darse sólo en el ámbito de perspectivas filosóficas radicalmente antirrealistas, que existen pero que no tienen que ser necesariamente compartidas<sup>102</sup>. Se trata sólo, muy simplemente, de no caer en la trampa del realismo ingenuo y de no atribuir a los sucesos del mundo real caracteres y propiedades que únicamente tienen sentido si se atribuyen a las enunciaciones acerca de hechos y no a los hechos sobre los que versan las enunciaciones. Esto vale en general, pero especialmente cuando se habla de enunciaciones que se realizan en el contexto del proceso.

2.4. *Hechos principales y hechos secundarios.*—Las consideraciones que preceden se han realizado con el punto de mira puesto en el problema de cómo se determinan los hechos por parte de las normas, aunque el tema de los enunciados fácticos es mucho más amplio y requiere ulteriores observaciones y distinciones acerca de la definición del «hecho» en el ámbito del proceso.

Entre estas observaciones y distinciones hay una que merece especial atención no sólo porque aparece muy a menudo en los discursos de los juristas que se ocupan de las pruebas, sino también porque reviste una importancia fundamental que no se corresponde siempre con una suficiente claridad de análisis y de definición.

Se trata de la distinción que identifica, por una parte, a los hechos que habitualmente se definen como «principales», «jurídicos», «jurídicamente relevantes» o «constitutivos» (y también extintivos, impeditivos o modificativos), a los efectos de subrayar la función jurídica de las circunstancias que se indican en la prótasis de la norma aplicable y que,

102. V., *supra*, capítulo I, 2.1.



por tanto, representan la condición o el presupuesto para la verificación de los efectos jurídicos previstos por la norma. Como se ha visto ya, el supuesto de hecho abstracto definido por la norma opera como criterio de selección, dentro de un conjunto indiferenciado e indefinido de circunstancias, de los hechos relevantes para la aplicación de la norma<sup>103</sup>.

El otro cuerno de la distinción está constituido por los hechos que habitualmente se denominan «secundarios» o «simples», que se distinguen de los hechos principales en la medida en que no reciben calificación jurídica alguna. Estos hechos adquieren significado en el proceso sólo si de ellos se puede extraer algún argumento acerca de la verdad o falsedad de un enunciado sobre un hecho principal.

Esta distinción es un lugar común muy difundido<sup>104</sup> que resulta útil a propósito de diversos problemas, como, por ejemplo, los que se refieren a la relevancia de los medios de prueba<sup>105</sup>. Sin embargo, aunque no carece de fundamento, es una distinción que implica una simplificación importante de los problemas que afectan a la identificación del hecho.

En realidad, si se observa cómo el hecho se identifica en el ámbito del proceso es fácil constatar que la distinción entre hechos principales y hechos secundarios no está siempre clara y, en cualquier caso, representa únicamente un aspecto de un problema más complejo<sup>106</sup>.

El punto de partida está normalmente representado por la individualización de una «situación de hecho» que las partes, en especial la

103. V., *supra*, apartado 2.1.

104. Entre las muchas referencias que se podrían señalar al respecto, v., en particular, Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, reed. 1965, p. 266 [tr. cast., *Principios de derecho procesal civil*, a cargo de J. Casais, Madrid, 1977, t. I, pp. 335-336]; Carnelutti, *La prova civile*, Roma, 1947, pp. 16 n. 2, 154 ss., 237 ss. [tr. cast., *La prueba civil*, a cargo de N. Alcalá-Zamora, Buenos Aires, 1982, pp. 9 n. 10, 130 ss., 202 ss.]; Grasso, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, pp. 367 ss.; Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, reed. 1974, I, pp. 342 ss.; Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., pp. 26 ss., 39 ss.; Id., *Note in tema di giudizio di fatto*, cit., p. 40.

La distinción examinada equivale a la que se traza en la doctrina del *common law* entre *material* (o *primary* o *ultimate*) *facts* y *evidentiary* o *secondary* o *circumstantial facts*. Esta distinción es también un lugar común muy difundido sobre el que puede verse, por ejemplo, Jackson, *Questions of Fact*, cit., pp. 88 ss.; Lempert y Saltzburg, *A Modern Approach to Evidence*, St. Paul, Minn., 1977, pp. 141 ss.; Rothstein, *Evidence. State and Federal Rules*, St. Paul, Minn., 1981, pp. 3 ss.

105. V., por ejemplo, Taruffo, *Studi*, cit., pp. 23 ss., 27 ss., 52 ss.

106. No se realizará aquí un análisis de las vicisitudes del «hecho» en el proceso. Se mencionarán sintéticamente, en cambio, algunos aspectos que permiten mostrar los contornos problemáticos de la distinción en cuestión.

actora, sitúan en la base de la controversia. Las respectivas alegaciones pueden estar configuradas de distintas formas por las normas que regulan la demanda y la contestación, de modo que pueden estar previstos grados distintos de precisión y de completud en la indicación de los hechos, incluso en función de la posibilidad o exclusión de integraciones sucesivas<sup>107</sup>. No hay duda, sin embargo, de que las alegaciones están, en cualquier caso, constituidas por una serie más o menos amplia de enunciados relativos a circunstancias de hecho que afirman la verdad o falsedad de los mismos<sup>108</sup>. El conjunto de esos enunciados presupone una situación de hecho y selecciona algunos aspectos de la misma que las partes consideran relevantes; obviamente, la situación de hecho no es descrita completamente por aquel conjunto (lo que, además de innecesario, resultaría imposible), pero sí es individualizada —de forma más o menos sumaria y parcial— sobre la base de algunos de sus aspectos que se consideran importantes.

A pesar de la *genericidad* y las lagunas que puede presentar, esta individualización del «hecho» sirve, en cualquier caso (al menos tendencialmente), para conjeturar la aplicabilidad de una norma al caso concreto. Esto es lo que realizan las partes en sus alegaciones (haciendo eventualmente referencia a normas distintas) y lo que realiza el juez en el momento en que —como suele decirse— determina el *nomen iuris* correcto a atribuir a la relación controvertida.

Se ponen así en evidencia dos «tipos» de hecho: el primer tipo está representado por las circunstancias del mundo material sobre las que versan las alegaciones; el segundo tipo está representado por el «supuesto de hecho» delineado por la norma que se conjetura aplicable. El primer tipo de «hecho» consta de enunciados que versan sobre eventos concretos y particulares que se sostiene que han ocurrido con ciertas modalidades materiales. El segundo tipo de «hecho» consta de una identificación realizada en términos generales, es decir, referida a una clase o categoría de hechos: se trata de un criterio de atribución de relevancia jurídica y, por tanto, de *selección* de las circunstancias fá-

107. Todo ello remite a un tema extremadamente complejo que no puede ser afrontado aquí: la naturaleza y los requisitos de las alegaciones de los hechos en la demanda y la contestación, así como sus efectos y el eventual régimen de preclusiones relativas a aquellas alegaciones. Sobre la función de la alegación de los hechos v., entre lo más reciente, Comoglio, *Allegazione*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sez. Civile*, vol. I, Torino, 1987, pp. 272 ss. Cf. además, Cerino Canova, *Commento agli artt. 163-174 cod. proc. civ.*, en *Commentario al Codice di procedura Civile* dirigido por E. Allorio, cit., 2.1, p. 277 de la separata, e Id., *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, *ivi*, pp. 129 ss. de la separata; Cappelletti, *op. cit.*, I, pp. 48 ss., 77 ss., 318 ss., 339 ss.

108. Cf. Comoglio, *op. cit.*, p. 274.

ticas que asumen significado a los efectos de la eventual aplicación de la norma.

Este criterio de selección es aplicado por el juez al conjunto de enunciados relativos a los hechos empíricos que constituyen el contenido de las alegaciones iniciales<sup>109</sup>. Puede suceder que esta operación no produzca resultados, es decir, que ninguna circunstancia alegada se corresponda con la definición general contenida en la norma: en este caso, aquella norma no es aplicable a esa situación de hecho y resulta necesario conjeturar la aplicación de otra norma. En cambio, si aquella operación tiene resultados positivos, significa que en la situación alegada existen hechos jurídicamente relevantes según aquella norma. Se trata, precisamente, de los hechos principales de los que se ha hablado anteriormente<sup>110</sup>.

En realidad, se trata sólo de *conjeturas* acerca de la situación de hecho y de la posible aplicación de una norma a esa situación: los hechos concretos son únicamente alegados, es decir, «afirmados» como verdaderos, pero no han sido todavía «determinados» como verdaderos. Las operaciones recién descritas son útiles precisamente para establecer qué hechos deben ser probados en juicio para que la controversia pueda ser decidida según aquella norma específica.

En un primer sentido, entonces, el «hecho principal» equivale, en realidad, a la conjetura de que en la situación alegada hay circunstancias potencialmente idóneas para producir los efectos previstos por la norma que se ha usado como criterio de selección y calificación.

En un segundo sentido, el «hecho principal» equivale a la conjetura verificada, es decir, a la situación que se obtiene como resultado de la decisión cuando ese hecho está probado (esto es, cuando la correspondiente afirmación está confirmada por las pruebas). En ese sentido, el hecho principal opera como presupuesto de la decisión en el derecho.

Planteado el hecho principal como hipótesis de decisión a verificar mediante las pruebas, la atención puede volverse hacia las otras circunstancias que componen la situación alegada o que, de algún modo, están vinculadas con ella. Esas circunstancias no pueden ser analíticamente predeterminadas, ni son tampoco predeterminables, ya que nin-

109. Pueden verse análisis detallados de este aspecto del juicio en Hruschka, *op. cit.*, pp. 46 ss., 58 ss.; Holdcroft, *op. cit.*, pp. 127 ss.; Zuckerman, *Relevance in Legal Proceedings*, en *Facts in Law*, cit., pp. 145 ss. V. también Taruffo, *Studi*, cit., pp. 46 ss., 52 ss.; Varga, *The Mental Transformation*, cit., pp. 63 ss.; Id., *The Non-cognitive Character*, cit., pp. 6 ss.

110. Sobre las modalidades de determinación de la relevancia jurídica del hecho v., más ampliamente, *supra*, apartado 2.1, además de las referencias indicadas en la nota precedente.

guna situación de hecho puede ser descrita completamente (a causa de la descomponibilidad tendencialmente ilimitada del mundo)<sup>111</sup>. Sin embargo, se recurre a ellas cuando resulta necesario, individualizándolas en cada caso según criterios de utilidad y significación.

Respecto a este conjunto indeterminado y eventual de circunstancias, la hipótesis sobre el hecho principal puede funcionar a su vez como criterio de selección. Es decir, puede suceder que entre las circunstancias de la situación haya algunas que, una vez conocidas o determinadas como verdaderas, puedan ser empleadas como premisas de inferencias cuya conclusión verse sobre la existencia o inexistencia del hecho principal<sup>112</sup>. La selección se realiza, pues, sobre la base de la hipótesis de que este hecho exista, por medio de los criterios de formulación de posibles inferencias (o bien, inversamente, supuesta una circunstancia se trata de ver si existe una posible inferencia que concluya diciendo algo sobre el hecho principal). Si la selección tiene algún resultado positivo, se habrá identificado una circunstancia de hecho que será *lógicamente relevante* para la determinación del hecho principal y que, por tanto, podrá ser usada como elemento para la prueba inferencial de este último<sup>113</sup>. Las circunstancias de hecho que presentan esas características se denominan «hechos secundarios». Respecto de ellas, debe observarse que se trata de una categoría que es homogénea sólo negativamente, es decir, únicamente en la medida en que comprende hechos no principales: a ese nivel, en efecto, queda indeterminado el tipo de inferencia que califica al hecho secundario como posible elemento de prueba. Queda, pues, entre paréntesis la posible *variedad de los hechos secundarios*, que puede determinarse, por ejemplo, en función de la diversa incidencia que éstos pueden tener sobre la prueba del hecho principal (es decir, en función de la distinta eficacia probatoria de esos hechos, que, a su vez, está vinculada con los distintos tipos de inferencias probatorias que aquéllos permiten formular).

Queda aún una ulterior categoría de «hechos», en la que se incluyen todas aquellas circunstancias que pertenecen empírica o históricamente a la situación de hecho controvertida, pero que —sobre la base de los criterios aplicados— resultan jurídica o lógicamente irrelevantes, dado que no integran ningún hecho principal y tampoco resultan

111. V., *supra*, apartados 2.1 y 2.3.

112. Sobre la estructura lógica y la tipología de estas inferencias v., más ampliamente, *infra*, capítulo III, 3 y 4; capítulo V, 2, 3 y 4.

113. Sobre la relevancia lógica cf. Taruffo, *Studi*, cit., pp. 23 ss., 54 ss., 128 ss., 163 ss., 247 ss.; Pizzi, *op. cit.*, pp. 13 ss.

útiles a los efectos probatorios que caracterizan el hecho secundario. Precisamente porque son irrelevantes, estas circunstancias no están destinadas a desarrollar papel alguno en la decisión de la controversia y, por esta razón, normalmente no son tomadas en cuenta<sup>114</sup>.

En cambio, parece evidente que esta última categoría de «hechos» debe ser tomada en cuenta, al menos, para un análisis fáctico completo de la controversia. Su irrelevancia, en efecto, es estrictamente relativa a los criterios de relevancia que se usan en el análisis y en la construcción del «caso»: basta conjeturar la aplicación de una norma distinta a la misma situación de hecho para encontrar la posibilidad de que una circunstancia que de otro modo era irrelevante pase a ser calificada como «hecho principal» o desarrolle el papel de «hecho secundario» relevante en el plano probatorio. En un cierto sentido, se puede decir entonces que el conjunto indeterminado y residual de las circunstancias irrelevantes es, en realidad, una especie de «reserva de hechos» potencialmente relevantes, a la que se puede recurrir (o que, en cualquier caso, entra en juego) en el momento en que se da un cambio en el criterio de relevancia, es decir, en la norma que se usa como sistema de referencia para el análisis del caso concreto.

Resulta intuitivo, por otra parte, que la clasificación que ha sido trazada (supuesto de hecho abstracto — hecho principal — hecho secundario — hecho irrelevante) debe ser entendida en sentido dinámico una vez que se sitúa en el contexto del proceso. Por un lado, en efecto, la clasificación puede presentarse en distintas versiones y, por tanto, con distintos contenidos en cuanto a los hechos calificados como jurídica y lógicamente irrelevantes, desde el punto de vista del actor, del demandado y del juez. En este sentido, se puede decir que la identificación de los hechos en el proceso deriva de una suerte de síntesis de las distintas versiones que aquélla puede tener: dado que la versión final y «definitiva» es aquella que el juez adopta en su decisión, ésta es en realidad el resultado final de una compleja dinámica que en el curso del proceso asume distintos enfoques (en todo o en parte, según los

114. Obsérvese que esta categoría puede incluir indistintamente hechos alegados y no alegados. En cuanto a los hechos alegados, se incluyen en la categoría examinada si resultan excluidos del conjunto de los hechos jurídicamente relevantes y también del conjunto de los hechos lógicamente relevantes. Su alegación produce que estén sujetos a los criterios de relevancia, pero esto no es obviamente suficiente para demostrar que son realmente relevantes (jurídica y lógicamente) para la decisión. En cuanto a los hechos no alegados, al no ser introducidos en el proceso quedan tendencialmente «más allá del horizonte» de los hechos que el juez toma en consideración; sin embargo, esos hechos existen en el mundo de las ocurrencias reales y forman parte en todo caso de la situación de hecho a la que el proceso se refiere.

casos) del problema del hecho<sup>115</sup>. Las tesis del actor y del demandado pueden divergir no sólo por ser de signo opuesto acerca de la misma versión de los hechos y de las normas aplicables, sino también —como sucede a menudo— porque cada una de ellas presente una versión distinta de la situación de hecho (sobre la base de la misma o de distintas hipótesis normativas de calificación de los hechos).

Por otro lado, también es necesario tener en cuenta que ninguna versión de los hechos, con sus respectivas calificaciones normativas, está dada *a priori* en el proceso y de una vez por todas. Como puede observarse fácilmente examinando el procedimiento de formación de la decisión, la relación hecho/norma es compleja y dinámica, y está sujeta a variaciones, ajustes y «concreciones» que dependen también de la lógica interna de esa relación y de las elecciones que su formulación implica, además de la propia dinámica del proceso<sup>116</sup>.

Otro tipo de problemas se refiere al hecho de que la clasificación mencionada, y también la distinción entre hecho principal/hecho secundario que en ella se incluye, no siempre se presenta (o es aplicable) de forma clara y completa.

Por un lado, puede suceder que el supuesto de hecho abstracto esté indeterminado en uno o más de los elementos que sirven para calificar en términos generales el hecho jurídicamente relevante. Esto no significa que la norma no pueda funcionar como criterio de individualización de los «hechos principales», pero implica que lo haga a través de una operación en la que las elecciones del juez, y también las peculiaridades de la situación concreta, tienen un papel mucho mayor respecto a los casos en los que la norma determina el supuesto de hecho de forma explícita, clara y completa<sup>117</sup>.

Por otro lado, puede suceder que el «hecho principal» esté individualizado sólo formalmente pero no en términos de correspondencia concreta y efectiva con hechos empíricos pertenecientes a la situación controvertida. En algunas hipótesis, por ejemplo, el «hecho negativo»

115. Al respecto, cf. una vez más el análisis de Hruschka, *op. cit.*, *loc. ultt. citt.*, y también Varga, *The Non-cognitive Character*, cit., pp. 2 ss., 5 ss., y *On Judicial Ascertainment*, cit., pp. 63 ss.

116. V., *supra*, apartado 2.1, también para otras referencias.

117. El supuesto más evidente es aquel en el que hay normas que contienen cláusulas generales, conceptos indeterminados o estándares. Sobre los problemas de la decisión en esos casos cf. Taruffo, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1989, pp. 161 ss.; Wróblewski, *Les standards juridiques: problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit*, en *Droit prospectif. Cahiers de Méthodologie Juridique* 4, 1988, pp. 847 ss.; Orianne, *Les standards et les pouvoirs du juge*, *ivi*, pp. 1037 ss.; Pinard, *Le droit et le fait dans l'application des standards*, *ivi*, pp. 1069 ss.

o el «hecho complejo» no son determinables directamente como eventos específicos pertenecientes a la realidad empírica del mismo modo en que esto sucede para el hecho simple y positivamente determinado. En estos casos, el hecho jurídicamente relevante es únicamente individualizable (al menos en parte) como esquema formal, como enunciación no directamente descriptiva de un correlato empírico específico. El hecho principal es individualizado más bien realizando una especie de síntesis entre el supuesto de hecho abstracto definido por la norma en términos generales y las consecuencias derivables de *otros* hechos que pueden ser asumidas como premisa: se podrá decir que el hecho principal «existe», incluso si no es, en realidad, un evento concreto empíricamente determinado, si, y en la medida en que, esas premisas se correspondan con el esquema abstracto de la norma<sup>118</sup>.

En casos de este tipo la distinción elemental entre hecho principal y hecho secundario entra en crisis y puede acabar resultando más molesta que útil. ¿El evento que no está determinado por la norma pero está sujeto a la valoración que aquélla prevé (por ejemplo un hecho X, definido como contrario a las buenas costumbres) es un hecho principal o secundario? Probablemente se definirá como principal, porque es objeto de prueba y no sirve para probar otro hecho, pero entonces estamos ante un hecho principal que no es directamente calificado como tal por una norma<sup>119</sup>. ¿Los eventos que constituyen el inicio y el fin de los veinte años de posesión de un bien son hechos principales o secundarios? ¿Son principales, en la medida en que son «partes» del supuesto de hecho posesorio, o secundarios, en cuanto que a partir de ellos se puede derivar la duración intermedia de la posesión, o son ambas cosas (es decir, en realidad, ninguna de ellas)? Del mismo modo, ¿el daño sufrido por algunos sujetos a causa de un evento desastroso<sup>120</sup> forma parte del «hecho principal» o es también un hecho secundario, porque sirve para probar el hecho principal, o más bien es «principal» para algunos sujetos y «secundario» para otros?

La ejemplificación podría continuar, pero estos pocos supuestos son probablemente suficientes para mostrar que también la distinción tradicional entre hecho principal y hecho secundario es en realidad aplicable sólo si se parte de la hipótesis del hecho simple, clara y positivamente determinado; en cambio, pierde toda eficacia heurística y

118. V., *infra*, apartado 5.3.

119. Sobre los hechos valorativamente determinados y sus respectivos problemas v., *infra*, apartado 3.

120. Para este supuesto de «hecho colectivo» v., *infra*, apartado 5.2.

descriptiva a medida que se aleja de esta hipótesis para afrontar situaciones más complejas.

Por último, vale la pena subrayar que lo que resulta excluido por la aplicación de los criterios de relevancia jurídica y lógica tampoco es, en realidad, absolutamente indiferente respecto del proceso. Por un lado, como ya se ha dicho, circunstancias irrelevantes pueden convertirse en relevantes cuando por alguna razón cambia el criterio mediante el que se establece la relevancia. Dado que estos criterios son distintos en las diversas versiones del «caso» que surgen en el proceso y pueden, además, variar dentro de la misma perspectiva respecto de la controversia, resulta que la categoría de las circunstancias irrelevantes es una categoría «móvil» y de ninguna manera «vacía». Por otro lado, también hay que tener en cuenta que forman parte de esta categoría numerosas circunstancias que no son irrelevantes porque carezcan de interés para el caso, sino sólo porque (y en la medida en que) son consideradas como presupuestos obvios y no discutidos o como asunciones de fondo que se sitúan en el *background* de los hechos que están en discusión. Así, por ejemplo, aunque en el momento y en el lugar en que ocurrió un evento había temperatura, puede suceder que ésta sea irrelevante. Que esto sea así quiere decir simplemente que se presume que la temperatura era «normal» y que no incidió de ningún modo en la ocurrencia del evento. Sin embargo, basta poner en duda una de estas asunciones implícitas para volver problemática, y por tanto relevante, la circunstancia en cuestión.

Del mismo modo, hay muchas premisas generales implícitas que se sitúan —por decirlo así— «en el fondo» de los hechos relevantes y que no entran, por tanto, directamente en la reconstrucción del supuesto de hecho aunque están en la base del mismo. Se trata de cuestiones de la naturaleza más variada, como las que se refieren a la existencia y a la continuidad del mundo físico y la posibilidad de percibirlo, la «normalidad» de los comportamientos más diversos, nociones arquetípicas relativas a los más diversos objetos, etc.<sup>121</sup>. Así, se consideran circunstancias irrelevantes muchísimos factores cognoscitivos, conceptos, nociones y perspectivas culturales que, en realidad, son indispensables para cualquier reconstrucción de un hecho pero que no están «en primer plano» únicamente porque (y en la medida en que) no se ponen en discusión. Se trata de lo que podríamos denominar el contexto implícito de la reconstrucción del hecho, que determina su modalidad y presupuestos incluso si no es explicitado y problematizado. Esto mues-

121. Sobre el papel de estas conjeturas sobre la realidad v. Villa, *Teorie della scienza giuridica*, cit., pp. 207 ss.



tra, por si aún fuera necesario hacerlo, que la noción de relevancia y, especialmente, la de irrelevancia, son intrínsecamente relativas y variables en función de cómo se define la naturaleza y el horizonte del problema de la determinación del hecho en el proceso.

3. *La identificación valorativa del hecho.*—Una de las formas más importantes de individualizar el hecho por parte de las normas consiste, para usar la definición de Wróblewski, que ha analizado particularmente este fenómeno, en la «identificación valorativa» del hecho<sup>122</sup>. Ésta se produce cuando la prótasis de la norma no se define usando términos «descriptivos» o «fácticos», o no sólo mediante estos términos, sino apoyándose en el uso de términos «valorativos».

Esto presupone evidentemente que se acepta la discutida distinción entre hecho y valor y, por tanto, entre descripción y valoración, no sólo en el plano ontológico sino también en el lógico y el lingüístico<sup>123</sup>. Las razones para aceptar esta distinción (y los argumentos para rechazarla) no pueden ser discutidas aquí, aunque sólo sea porque se trata de un problema que va mucho más allá de los objetivos de este análisis<sup>124</sup>. En todo caso, puede ser empleada como instrumento heurístico, es decir, a los efectos de destacar algunas peculiaridades de una forma particular de individualización del «hecho».

La forma más elemental mediante la que una norma determina valorativamente un hecho consiste en no configurarlo como jurídicamente relevante en sí mismo, sino sólo en la medida en que se sitúe en un contexto —determinado o indeterminado— de valores. La relevancia jurídica del hecho depende esencialmente de su valoración, como sucede, por ejemplo, cuando se habla de «daño grave», de «justa causa», de «conducta reprobable», de «administración correcta», de «convivencia intolerable», etc.

Resulta fácil señalar, frente a normas que vinculan consecuencias jurídicas a «hechos» así definidos, que postulan algo más que la pura y

122. Cf., principalmente, Wróblewski, *Facts in Law*, en Id., *Meaning and Truth*, cit., pp. 108 ss. Sobre la incidencia de los juicios de valor en la determinación del hecho v. también Taruffo, *Value Judgments in the Judgment of Fact*, en *Archivium Juridicum Cracoviense* XVI, 1985, pp. 45 ss.

123. Para una reformulación del problema cf. Putnam, *Razón, verdad e historia*, cit., pp. 132 ss., 199 ss. Id., *Realismo e relativismo concettuale: il problema del fatto e del valore*, en *Livelli di realtà*, cit., pp. 39 ss.

124. Es suficiente aquí con adherirse a las argumentaciones desarrolladas por Scarpelli en *Etica senza verità*, Bologna, 1982, especialmente pp. 97 ss., 115 ss. Cf. en cualquier caso también Carcaterra, *Il problema della fallacia naturalistica*, Milano, 1969, y, entre lo más reciente, sobre la «gran división», la síntesis de Jori y Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1988, pp. 154 ss.

simple existencia de un hecho en el sentido propio del término. Postulan, en realidad, la existencia de hechos, comportamientos o estados de cosas (el daño, la conducta, la administración, la convivencia), pero vinculan su relevancia jurídica al resultado de una valoración<sup>125</sup>. No cualquier daño es relevante sino sólo el daño «grave»; no importa la convivencia por sí misma, sino su carácter de «intolerable», etc.

En casos como éstos, decir que existe el hecho al que la norma atribuye determinadas consecuencias jurídicas significa realizar una enunciación *compleja*, ya que, en realidad, está formada de dos enunciaciones: una de ellas afirma que el hecho ha ocurrido, la otra, que ese hecho tiene un cierto valor según un apropiado criterio de valoración<sup>126</sup>. Así, por ejemplo, una afirma que se ha producido un cierto daño, y otra que ese daño es grave.

Esta distinción tiene una importancia decisiva desde el punto de vista de la individualización de aquello que constituye el objeto de la prueba. Si es verdad que la prueba versa sobre hechos, esto significa que, en realidad, tiende a establecer la verdad o falsedad de proposiciones que describen hechos<sup>127</sup>; pero esto significa también que no puede establecer o «demostrar» juicios de valor acerca de hechos. Ciertamente, una cosa es probar que el hecho (el «daño») se ha producido realmente y otra es establecer que se trata de un daño grave.

En otras palabras, sólo puede ser objeto de prueba la enunciación *descriptiva* referida a la existencia de una determinada ocurrencia, no así la enunciación *valorativa* que califica esa ocurrencia de una determinada forma.

Aquello que puede y debe ser probado es que, en determinadas circunstancias, se ha producido un daño; además, dado que la valoración requerida por la norma es de tipo cuantitativo, puede y debe ser probado el monto del daño. Por decirlo así, el objeto de prueba es la *base empírica* de la valoración conjeturada por la norma, es decir, el «hecho material» que no ha sido aún sometido a valoración. Para poder decir que se ha producido un daño grave es necesario establecer (y éste es un problema de prueba) que Ticio ha sufrido en el caso en cuestión un daño de 1.000<sup>128</sup>; y siendo éste el «hecho» probado, el juez

125. Cf. Wróblewski, *op. ult. cit.*, pp. 112 s.

126. Cf. Wróblewski, *ibid.*.

127. V., *supra*, apartado 2.3.

128. Obviamente, también la determinación monetaria de la cantidad del daño implica una valoración según una determinada escala de valores. La cantidad en cuestión puede considerarse, no obstante, «objetivamente determinada», al menos a los efectos del discurso que se desarrolla en el texto, ya sea porque puede ser el resultado de parámetros relativamente fijos (como, por ejemplo, los índices ISTAT para la desvaloriza-

deberá posteriormente establecer si un daño de 1.000 es o no grave según algún parámetro aceptable de referencia (y éste es un problema de «juicio de valor» que el juez formula sobre el hecho previamente determinado).

La distinción entre enunciado descriptivo (que individualiza el objeto de la prueba) y enunciado valorativo (que implica la valoración del hecho probado) es esencial para analizar la complejidad de la determinación valorativa del hecho por parte de las normas y para distinguir dentro de ella lo que pertenece y lo que es extraño a la problemática de la prueba de los hechos.

Por otra parte, la determinación valorativa del hecho produce algunos problemas ulteriores, que vale la pena reseñar aquí, aunque sólo sea con el objetivo limitado de delinear su incidencia sobre la individualización del hecho destinado a constituir un posible objeto de prueba.

Un primer tipo de cuestiones está referido al juicio de valor implicado por la norma en el momento en que ésta define su propia prótasis y a las consecuencias que éste tiene sobre la identificación del hecho.

Por un lado, es útil recordar que todo juicio de valor, entendido en sentido racional, es relativo a un sistema de valores que es asumido como base y contexto de valoración y que constituye la premisa para una posible justificación del juicio de valor<sup>129</sup>. Los sistemas de valores (o incluso, si se quiere, los parámetros valorativos no sistematizados) son, obviamente, diversos, de forma que parece evidente que la valoración implicada por la norma puede tener resultados distintos, aun siendo idéntico el hecho determinado, en función del parámetro (o del sistema) de valoración que se aplique.

ción), ya sea porque puede ser probada, por ejemplo, mediante documentos o establecida con medios y criterios «técnicos», por ejemplo, mediante un dictamen técnico. [Los índices ISTAT eran tablas elaboradas anualmente por el Instituto nacional de estadística italiano sobre las tasas de desvalorización de la lira. Estas tablas se usaban normalmente para determinar la «revalorización» de los créditos, que se añadía a los intereses legales. Además, según lo establecido por el artículo 150 disp. att. cod. proc. civ. it., en las causas laborales el juez debe usar esas tablas para «revalorizar» el monto de los créditos del trabajador. *N. del T.*]

129. La tesis de fondo que aquí se asume como válida, obviamente sin discutirla detalladamente, es que los juicios de valor pueden ser justificados mediante argumentaciones racionales o, al menos, razonables. Sobre esta tesis y sobre la estructura lógica de la justificación de los juicios de valor v., en particular, Peczenik, *Why Should Value Statements Be Rational?*, en *Reason in Law*, I, cit., pp. 107 ss. Cf., además, Aarnio, *op. cit.*, pp. 204 ss.; Wróblewski, *Justification through Principles and Justification through Consequences*, en *Reason in Law*, cit., pp. 132 ss.; Jørgensen, *Motive and Justification in Legal Decision-Making*, *ivi*, pp. 335 ss.; Larenz, *op. cit.*, p. 276 [tr. cast., *op. cit.*, p. 286]; Taruffo, *Value Judgements*, cit., pp. 49 ss.

En este sentido, una variable de crucial importancia está constituida por la actitud y las elecciones de quien típicamente formula las valoraciones en cuestión, es decir, del juez. Más allá de la teórica pluralidad de los parámetros o sistemas de valor que, en abstracto, podrían referirse al hecho específico, su valoración concreta depende del parámetro que el juez adopte a los efectos de establecer si, dado el hecho *H*, éste tiene o no el valor *V* que la norma pone como condición para su relevancia jurídica. En el contexto de esta «elección del criterio de valoración» destaca, por ejemplo, el hecho de que el juez decida aplicar los parámetros difundidos en un determinado ambiente social o bien decida aplicar los criterios de valoración que él mismo considere justos o, por último, considere oportuno receptar las valoraciones de otros sujetos específicos (por ejemplo las partes)<sup>130</sup>. Esta elección es decisiva porque a menudo las normas que identifican valorativamente los hechos no establecen a qué sistema o parámetro de valor debe remitirse el juez para valorar el hecho. Obviamente, esto no significa que siempre, en todo caso concreto, el juez sea completamente libre de escoger el sistema de valores con el que orientar sus propias valoraciones, ya que también entran en juego otros criterios y factores determinantes en el plano de las elecciones de los valores a emplear como parámetros de juicio<sup>131</sup>. Lo anterior no quita que a menudo la norma que identifica valorativamente un hecho sea «abierta» y deje «en blanco» precisamente la individualización del parámetro valorativo que el juez debe aplicar para valorar el hecho en el caso concreto<sup>132</sup>.

Hay, sin embargo, un aspecto bajo el cual estas normas inciden en la identificación del hecho por la forma en que configuran su valoración. En resumen, el *tipo* de valoración al que aquéllas hacen referencia (incluso si el parámetro valorativo queda «en blanco») determina las características (o, al menos, algunas de ellas) que el «hecho probado» deberá tener. Volvamos al ejemplo del daño grave. Normalmente, las normas que se refieren a la gravedad del daño no especifican el parámetro sobre la base del cual deberá ser valorada, de forma que el

130. Para un análisis de estas diversas posibilidades cf. Taruffo, *La giustificazione*, cit., pp. 161 ss., e *ivi* ulteriores referencias.

131. Queda siempre la obligación del juez de justificar su propia valoración, haciéndola controlable desde el exterior, es decir, enunciando explícitamente las razones que la justifican. Sobre las formas de esta justificación y sus respectivos problemas v. la referencia indicada en la nota precedente.

132. Son de este tipo, en efecto, casi todos los ejemplos de normas «vagas»: v. un amplio y significativo elenco en Luzzati, *La vaghezza delle norme*, cit., pp. 299 ss. Para la definición de la «vaguedad socialmente típica» que afecta precisamente a los términos valorativos empleados por las normas v., *ibid.*, pp. 302 ss.

juez tiene al respecto un cierto margen de elección (por ejemplo, entre hacer referencia a las condiciones específicas del sujeto dañado o a criterios «medios» de valoración existentes en un determinado ambiente social en un cierto momento)<sup>133</sup>. Sin embargo, esas normas determinan el *tipo* de valoración, que, en el caso del daño, resulta ser *cuantitativa*, dado que la «gravedad» se sitúa en una escala de valores de cantidad (al menos en un sistema que conceda derecho al resarcimiento únicamente por el daño económicamente valorable y, por tanto, en el ámbito de un sistema axiológico específico)<sup>134</sup>. Esto importa también a los efectos de la individualización del hecho que ha de ser probado porque lleva a identificar al menos una característica que el hecho debe tener para poder ser valorado en el sentido establecido por la norma: esta característica es la cantidad, la *medida* del daño<sup>135</sup>. Es obvio, en efecto, que sólo un daño cuantificado puede ser considerado «grave» según algún parámetro cuantitativo; a un daño (efectivamente existente pero) no cuantificado no podrá serle aplicada la norma que presupone un daño *grave*.

Tomemos en consideración una vez más el ejemplo de las «convivencia intolerable», dejando por ahora entre paréntesis *de quién* son los criterios en función de los que hay que valorar la intolerabilidad (de la sociedad, del juez, del cónyuge que solicita la separación)<sup>136</sup>. Está claro que el *tipo* de valoración que se conjetura es determinante a los efectos de establecer qué hechos deben ser probados. Por un lado, la valoración de intolerabilidad debe referirse a una base fáctica específica, dado que de otra forma sería una actitud moralista carente de contenidos concretos; pero, por otro lado, es también claro que el hecho a probar no puede ser toda la convivencia entre los cónyuges, en su desarrollo temporal y con la infinidad de hechos, eventos y circunstancias de los que está compuesta. Al respecto, es necesario un *criterio de selección* que permita establecer cuáles de estos hechos deben ser pro-

133. Sobre los problemas relativos a la elección de los criterios con los que integrar la valoración «vaga» v., ampliamente, Luzzati, *op. ult. cit.*, pp. 319 ss., 322 ss., 325 ss., y Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 161 ss., 168 ss.

134. Sobre los problemas inherentes a la individualización del daño resarcible v., en particular, Salvi, *La responsabilità civile*, I, Perugia, 1988, pp. 43 ss., y la documentación incluida *ivi*, III, pp. 1 ss., 12 ss., 374 ss.; Busnelli, *La parabola della responsabilità civile*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, pp. 643 ss., 650; Castronovo, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, *ivi*, 1989, pp. 539 ss.; Manuali, *Problemi di risarcimento del danno non patrimoniale nella giurisprudenza*, *ivi*, 1988, pp. 167 ss.

135. V., *supra*, nota 129.

136. Para un análisis de este ejemplo, cf. Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 168; McCormick, *On Reasonableness*, en *Les notions à contenu variable en droit*, pub. por Ch. Perelman y R. van der Elst, Bruxelles, 1984, pp. 141 ss.

bados por ser relevantes a los efectos de la eventual aplicación de la norma: este criterio es evidentemente la intolerabilidad. Así, el «hecho» está constituido por el conjunto de circunstancias específicas (no directamente identificadas por la norma) que, si son probadas, pueden hacer considerar como intolerable la convivencia de los cónyuges según algún parámetro de intolerabilidad. En resumen, es el *tipo de valoración* al que la norma se refiere el que determina qué hechos (o qué circunstancias específicas de un hecho complejo) deben ser probados para que una norma sea aplicable, y no la valoración concreta (que será formulada por el juez sobre los hechos determinados según los parámetros valorativos que el propio juez escoja). Es obvio, en efecto, que una convivencia no puede ser considerada intolerable si no emergen de ella circunstancias de hecho que le hagan aplicable algún criterio de intolerabilidad. Si faltan estas circunstancias se podrá decir que esa convivencia es «tolerable», en el sentido de que «no es intolerable», esto es, en el sentido de que no puede ser valorada como tal según criterios de intolerabilidad. Son precisamente esos criterios, en cambio, los que indican qué *tipos* de circunstancias deberían emerger para que se disponga de la «base de hecho» sobre la que realizar la valoración requerida por la norma.

La situación en este caso es distinta de la que se presentaba para el caso del «daño grave», donde la referencia a la gravedad permitía individualizar bastante unívocamente la medida del daño como característica relevante del hecho. Aquí, la individualización de aquello que puede hacer intolerable una convivencia es una operación mucho más compleja y vinculada a las peculiaridades, incluso subjetivas, del caso concreto. Ambas situaciones, sin embargo, ejemplifican, precisamente porque son distintas, la pluralidad de formas en las que el tipo de valoración al que la norma se refiere incide sobre la individualización específica del hecho que debe ser probado. Esta valoración, en realidad, constituye una suerte de término medio entre el hecho empírico y el supuesto de hecho configurado por la norma y funciona como criterio de relevancia jurídica del hecho, dado que el hecho empírico es asumido en el supuesto de hecho normativo *en la medida* en que es valorado según ciertos parámetros axiológicos. Se trata, pues, de un criterio de calificación del hecho que asume una importancia particular por su peculiar naturaleza (valorativa), pero que precisamente en la medida en que es un criterio de calificación opera como parámetro de individualización de los hechos empíricos que deben ser probados para que la norma sea aplicable al caso concreto.

Un segundo tipo de problemas, ya evocado en parte en las consideraciones anteriores, deriva del hecho de que las normas que individua-

lizan valorativamente sus propios presupuestos de hecho lo hacen de formas muy distintas.

Algunas veces, en efecto, la norma individualiza directamente, además del tipo de valoración aplicable al hecho, también el hecho empírico sujeto a valoración. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el caso del «daño grave», de la «velocidad excesiva», de la «administración correcta», etc. Obviamente, estas normas pueden crear problemas de interpretación respecto de la individualización del hecho y de las circunstancias empíricas que en cada caso pueden ser calificadas como «daño» o como «administración», ya que —entre otras cosas— se trata habitualmente de hechos evidentemente *law-laden*<sup>137</sup>. A pesar de ello, con todos estos límites y problemas, esas normas indican de forma bastante explícita el tipo de hecho que, una vez valorado según ciertos parámetros axiológicos, constituye el presupuesto de su aplicación<sup>138</sup>. Esto no sucede, en cambio, en muchos otros casos, en los que la norma se refiere a la «base empírica» de la valoración de un modo mucho más indirecto y, por tanto, indeterminado. En el ejemplo ya considerado de la «convivencia intolerable» hay, en efecto, una referencia a un conjunto de circunstancias empíricas (la convivencia entre los cónyuges), pero esto no es por sí mismo suficiente para determinar qué hechos deben ser probados: como ya se ha destacado, es inútil probar simplemente que la convivencia se ha producido, como lo es también probar alguna de sus modalidades escogida aleatoriamente. Es decir, no es posible establecer qué hecho debe probarse haciendo exclusiva referencia a la convivencia. Es la referencia a la intolerabilidad lo que resuelve el problema, en el sentido de que resultan relevantes a los efectos de la norma aquellos aspectos (aquellos hechos) de la convivencia que pueden inducir a considerarla intolerable. De esta forma, por otra parte, se identifica un criterio de relación que permite extraer circunstancias relevantes a partir de un conjunto complejo, indeterminado y caótico de eventos que forman la convivencia entre los cónyuges. Sin embargo, la norma no determina directamente cuáles son esas circunstancias, e indirectamente lo hace sólo a través del criterio valorativo de selección. Hay, pues, un *elemento de indeterminación* de la norma que afecta a la valoración pero que se refleja también sobre la individualización de la base empírica (del «hecho») sujeta a valoración. Esto sig-

137. Sobre este aspecto del «hecho» v., *supra*, apartado 2.2.

138. Se puede hablar en esos casos de «vaguedad común» (según la definición de Luzzati, *op. ult. cit.*, pp. 303 ss., 353 ss.) en la medida en que afecta también a los términos descriptivos empleados en la norma, en la que, sin embargo, se indican de modo bastante claro los parámetros de valoración.

nifica que aumenta el grado de «apertura» de la norma respecto de la individualización del hecho y que, en consecuencia, asume mayor peso la operación de «reducción de la vaguedad» destinada a realizarse en el proceso, por obra de las partes, y en la decisión, por obra del juez<sup>139</sup>.

El mismo discurso es válido para los casos en los que la norma no prevé siquiera una identificación vaga del hecho objeto de valoración, usando, en cambio, la técnica de la identificación indirecta, sobre la base de los efectos valorativos negativos (o —a veces— positivos) que «algo» produce. Esto es lo que sucede siempre que se individualiza el supuesto de hecho en función de su «contrariedad» con un valor o un sistema de valores, como, por ejemplo, en el caso de los «actos contrarios a las buenas costumbres», de las «conductas antisindicales», etc. En casos como éstos, la individualización se hace sólo por referencia al criterio valorativo (las buenas costumbres, los derechos e intereses de las organizaciones sindicales), pero no hay identificación alguna, siquiera vaga, referente al «hecho» que puede ser valorado negativamente: en realidad, cualquier «acto» puede ser contrario a las buenas costumbres y cualquier «conducta» puede ser antisindical. Este «acto» y esta «conducta» no importan en sí mismos por alguna característica intrínseca, sino sólo en cuanto producen una consecuencia consistente en la violación de un «valor». En resumen, se puede identificar el hecho relevante para la aplicación de la norma sólo por el efecto producido, dado que cualquier hecho idóneo para producir ese efecto puede ser, *por esa única razón*, relevante.

El carácter indeterminado del supuesto de hecho resulta máximo en las normas que enuncian o emplean los denominados «conceptos jurídicos indeterminados». Al respecto, normalmente se destaca, y suscita la mayoría de análisis y discusiones, el carácter «abierto» del criterio valorativo (del estándar) incluido en la cláusula general y el problema que afecta a la individualización de los parámetros valorativos necesarios para la aplicación de la norma. Se plantea, pues, a qué sistema de valores o conjunto de reglas puede o debe recurrir el juez para establecer qué es la «buena fe», las «buenas costumbres», la «diligencia normal», la «diligencia del buen padre de familia», etcétera<sup>140</sup>.

139. Sobre las modalidades de «reducción de la vaguedad» v., en general, Luzzati, *op. ult. cit.*, pp. 83 ss., 319 ss.

140. Sobre estos problemas la literatura es inmensa, por lo que no es posible ofrecer indicaciones bibliográficas exhaustivas. Para referencias a la literatura reciente v. Luzzati, *op. ult. cit.*, pp. 305 ss.; Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 151 ss.; Rodotà, *Il tempo delle clauseole generali*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pp. 709 ss. V., además, los ensayos recogidos en *Droit prospectif*, cit., Cahier n. 3, *Les standards*, pp. 813 ss.



Sin embargo, aquí resulta de mayor interés otro aspecto de las normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados: la *indeterminación del hecho*, aparte de la del criterio de valoración. Por un lado, se destaca que la misma cláusula general se puede presentar en situaciones muy distintas, lo que lleva ya a descartar que aquella implique una identificación suficientemente unívoca del hecho: la buena fe está referida, por ejemplo, al proceso, a las negociaciones contractuales, a la calidad de adquirente, de acreedor, etc., y, del mismo modo, se habla también en muchas situaciones distintas de «diligencia normal». Esto es suficiente para descartar que los conceptos jurídicos, indeterminados en el aspecto valorativo, sean en cambio unívocos en su «significado fáctico»<sup>141</sup>.

Por otro lado, incluso si se toma en consideración la situación concreta a la que se refiere el concepto jurídico indeterminado, el «hecho» resulta igualmente indeterminado. La «posesión de buena fe» no indica por sí misma un hecho específico, y lo mismo vale para la «adquisición de buena fe»; actuar con la «diligencia normal» no identifica hechos específicos, del mismo modo que cualquier acto puede ser contrario a las buenas costumbres. En efecto, alguna indicación puede surgir del tipo de situación jurídica a la que el concepto jurídico indeterminado se refiere (la posesión, las negociaciones, el contrato, la posición de acreedor, de usufructuario, etc.), en el sentido de que todas estas situaciones se refieren a condiciones de hecho tendencialmente tipificadas. Pero esto no hace más que confirmar la tesis de que el concepto jurídico indeterminado habitualmente está tan «abierto» desde el punto de vista de la individualización del hecho como lo está desde el punto de vista de la individualización del criterio de valoración. Por otra parte, estos dos aspectos están vinculados entre sí —como ya se ha mencionado— en la medida en que a menudo es el tipo de valoración requerido por la norma el que funciona como criterio de selección de las circunstancias de hecho que pueden considerarse relevantes según esa norma. Así pues,

141. Parece evidente que la misma expresión que identifica el propio concepto jurídico indeterminado («buena fe», «diligencia normal») remite, en realidad, a significados fácticos distintos en los diversos supuestos de hecho normativos en los que es empleada. En efecto, varían los sucesos empíricos o los comportamientos materiales que integran la buena fe o la diligencia normal, o que suponen la violación de estos parámetros, en las distintas situaciones fácticas que se dan, por ejemplo, en las negociaciones contractuales, en la posesión, en la ejecución del contrato, etc. Está claro, por otra parte, que si el concepto jurídico indeterminado tuviese un único correlato empírico no se plantearían problemas de interpretación de las normas que lo contienen, pero, a la vez, el propio concepto jurídico indeterminado no serviría para nada y perdería la función que le es propia. En cambio, esos problemas surgen, y son particularmente complicados, porque incluso el significado fáctico (y no sólo el valorativo) de esos conceptos está particularmente indeterminado y es variable de un supuesto de hecho a otro.

resulta claro que cuanto mayor es la vaguedad del criterio de valoración (como sucede especialmente en los conceptos jurídicos indeterminados) mayor es también la indeterminación del hecho al que la norma es aplicable.

Debe precisarse, sin embargo, un punto en referencia específicamente a las normas que realizan una identificación valorativa del hecho. *Siempre y en cualquier caso* esas normas presuponen, para ser aplicadas, la existencia de hechos materiales que, por tanto, deben ser individualizados y probados como condición para la aplicación de la norma. Que ésta suponga una valoración no significa que excluya la determinación de la existencia de un hecho: es el hecho, en todo caso, lo que constituye el objeto de la valoración, de forma que sin aquél no puede siquiera darse el juicio de valor postulado por la norma<sup>142</sup>.

No parece, pues, sensato configurar supuestos de hecho en los que la norma se refiera a juicios de valor *pero no a hechos*<sup>143</sup>. Incluso las normas extremadamente «abiertas» en cuanto a la identificación de los hechos (además de, eventualmente, en cuanto a la identificación de los parámetros valorativos) se refieren siempre a *hechos*, aunque su individualización pueda ser —como ya se ha visto— incierta y complicada porque la norma no los establezca directamente<sup>144</sup>. En otros términos, es imposible sancionar lo «obsceno» sin conjeturar que, aunque sea indirectamente, se determine qué hecho o comportamiento *realmente producido* (y, por tanto, probado en juicio) es considerado obsceno. Del mismo modo, es imposible afirmar que Ticio es «enemigo del pueblo» si no se establece al menos algún hecho que haga que Ticio sea calificable como enemigo del pueblo y que haya sido probado. Obviamente, esto presupone que al menos la esencia mínima de lo que llamamos habitualmente «normas» y «aplicación de normas» sea mantenida; pero aquí no importan los casos en los que la apariencia de aplicación del derecho sirve simplemente para encubrir el arbitrio<sup>145</sup>.

Así, resulta oportuno tener en cuenta que la identificación valorativa del hecho por parte de la norma no significa en absoluto que la

142. Sobre la importancia de la determinación del hecho para la aplicación de los estándares valorativos v., en particular, McCormick, *On Reasonableness*, cit., p. 145; Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 159 ss.

143. Para ejemplos en este sentido v. Guastini, en Castignone, Guastini y Tarello, *op. cit.*, p. 191.

144. Cf. Guastini, *ibid.*; Taruffo, *Value Judgements*, cit., p. 51; Id., *La giustificazione*, cit., pp. 160 s.

145. Sobre la función garantista de la identificación del hecho v., en particular, Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pp. 8 ss. [tr. cast., *Derecho y razón*, cit., pp. 36 ss.]. En el mismo sentido, cf. Ferrua, *La riforma del diritto penale sostanziale e il nuovo processo penale*, en *Questione giustizia*, 1991, pp. 66 ss.

norma no se refiera a hechos sino a valoraciones: la norma se refiere a *hechos*, que son jurídicamente relevantes en la medida en que son valorados en el sentido indicado por la norma. Su aplicación presupone, pues, que son individualizados y determinados algunos hechos.

La circunstancia de que a menudo la norma que emplea identificaciones valorativas no defina directa y explícitamente el hecho no implica que el hecho no deba ser individualizado y determinado, sino únicamente que su individualización es mediata, compleja, a menudo incierta y en todo caso dependiente de elecciones de distinta naturaleza que realizan las partes y, especialmente, el juez en cada caso concreto.

4. *La identificación negativa del hecho.*—Una forma importante y difundida, pero también problemática, de identificación del hecho por parte de las normas consiste en la identificación *negativa*. Ésta se da cuando la norma contiene la negación de una identificación positiva o bien usa términos equivalentes a esa negación («intolerable», «mala fe», «incompetente», «incorrecto», «ausente», «carente de...», etc.)<sup>146</sup>. El empleo de la identificación negativa depende de diversas razones de técnica legislativa: puede, por ejemplo, suceder que el legislador valore positivamente un determinado comportamiento (por ejemplo socorrer a la víctima de un accidente), pero prefiera sancionar su omisión en lugar de declararlo obligatorio<sup>147</sup>. O bien puede suceder que la ley considere relevante por sí misma una situación negativa (por ejemplo no desarrollar la actividad de cultivador directo)<sup>148</sup> como presupuesto de la existencia de determinados efectos jurídicos, incluso sin presuponer una calificación favorable (o de «deber ser») de la correspondiente situación positiva.

Las normas que contienen identificaciones negativas de los hechos presentan algunos problemas semánticos, ya que las expresiones negativas designan, en realidad, cualquier hecho o comportamiento distinto de aquel indicado por el término positivo<sup>149</sup>. En este sentido, la individualización del «hecho a probar» como presupuesto de la aplicación de la norma puede crear dificultades.

Debe observarse, por otra parte, que la cuestión del «hecho iden-

146. Sobre las modalidades de identificación negativa del hecho cf. Wróblewski, *Facts in Law*, cit., pp. 115 ss., donde se especifica que ese tipo de identificación puede afectar a hechos individualizados descriptivamente o bien en términos valorativos.

147. Cf. Wróblewski, *op. ult. cit.*, p. 116.

148. V., por ejemplo, el caso decidido por la Cass. 10 de marzo de 1986 n.º 1614, en *N.G.C.C.*, 1986, pp. 598 ss., con una nota de Dondi.

149. Cf. Wróblewski, *op. y loc. ult. cit.*

tificado negativamente» no surge únicamente cuando la identificación negativa está contenida en una norma. Es más, en el proceso se trata de una situación «normal», ya que es simétrica a la situación en la que el hecho es identificado positivamente: basta pensar en la situación en que el actor alega un hecho definido positivamente y el demandado alega que el hecho no se ha producido<sup>150</sup>. Más allá de los mecanismos inherentes a la eventual aplicación de la regla de la carga de la prueba<sup>151</sup>, en esta situación se está ante dos identificaciones simétricas del hecho: una de ellas positiva y la otra negativa. Por hipótesis, ambas pueden constituir objeto de prueba. Así pues, se puede decir que el problema de la prueba del hecho identificado negativamente es un problema de orden general: surge para el actor cuando la norma define negativamente el hecho constitutivo de su derecho; y para el demandado cuando éste contesta la existencia del hecho definido positivamente en las alegaciones del actor<sup>152</sup>.

La principal cuestión que surge a propósito de los hechos jurídicos definidos negativamente, desde el punto de vista de la prueba, es que, aunque algunas veces pueden ser probados *como tales*, en la mayoría de los casos ello no es posible.

La prueba directa del hecho negativo puede resultar más simple si se trata de una circunstancia específica y exactamente individualizada. Así, por ejemplo, que Ticio *no* haya realizado cierta declaración a Cayo en una determinada situación es demostrable si un testigo estaba presente en aquella situación y afirma que esa declaración no se realizó o bien si existe un documento que se supone que reproduce todas las declaraciones realizadas en aquella situación y que, sin embargo, no contiene la declaración controvertida. Del mismo modo, la ausencia de Ticio de cierto lugar en un determinado momento puede ser confirmada por un testigo presente en el lugar en aquel momento y lo mis-

150. Para el análisis de esta situación v. capítulo IV, 1.2.

151. Desde este punto de vista, se ha planteado históricamente el problema de la llamada por la doctrina italiana «prueba de las negaciones», es decir, de quién y cuándo tiene la carga de probar la negación del hecho afirmado por el actor (al respecto, v. el amplio análisis de Micheli, *L'onere della prova*, reed., Padova, 1966, pp. 34 ss., 47 ss.—tr. cast., *La carga de la prueba*, a cargo de S. Sentís Melendo, Bogotá, 1989, pp. 31 ss., 43 ss.—). Sin embargo, no es éste el punto de vista que más interesa aquí: en este punto se trata, en realidad, de analizar los problemas que afectan a las modalidades de prueba del hecho identificado en términos negativos, independientemente del sujeto que —en función del caso— tenga la carga de probarlo.

152. La única diferencia entre las dos hipótesis es que el actor deberá, en todo caso, probar el hecho negativo (salvo presunciones o inversiones de la carga de la prueba), mientras que el demandado, si el actor fracasa en probar el hecho positivo, puede evitar la prueba de su negación.

mo puede suceder, por ejemplo, con comportamientos omisivos precisamente individualizados.

No obstante, muy a menudo no se dan esas posibilidades. Entonces, la prueba del hecho negativo puede ofrecerse únicamente mediante el mecanismo lógico de la coartada, es decir, mediante la prueba de un hecho *distinto*, incompatible con la existencia del hecho que se niega. Si la ausencia de Ticio del lugar *L* en el momento *T* no puede ser demostrada directamente, podrá ser probada indirectamente demostrando que Ticio en ese mismo momento estaba en el lugar *P*. A los efectos de la prueba, pues, el hecho negativo no es más que la consecuencia lógica de la demostración de un hecho positivo incompatible con la existencia del hecho negado<sup>153</sup>.

El problema del hecho negativo resulta mucho más complejo cuanto más vagas e indeterminadas son sus coordenadas espacio-temporales, como por ejemplo cuando se trata de no ser propietarios de un terreno en lugar alguno o bien de no haber realizado nunca cierta declaración o desarrollado cierta actividad<sup>154</sup>.

En casos de este tipo es muy improbable que funcione la técnica de la coartada, ya que no es fácil imaginar hechos incompatibles con hechos indeterminados en el tiempo y/o en el espacio si no es en forma de aproximación genérica y no rigurosa. Por otra parte, la única posibilidad de probar directamente hechos negativos indeterminados parece ser la de utilizar declaraciones del sujeto al que aquéllos son atribuidos («nunca he dicho que...», «nunca he hecho...»). No parece, en efecto, que se pueda configurar al respecto una prueba testifical aceptable («Sé que Ticio nunca ha dicho...», «sé que Ticio nunca ha hecho...») ni mucho menos algún tipo de prueba documental.

Por tanto, en muchos casos el hecho negativo indeterminado *no puede ser probado* ni directa ni indirectamente<sup>155</sup>. En estos casos, sólo puede resolverse la incertidumbre de la situación de hecho de la que depende la aplicación de la norma recurriendo a mecanismos distintos de la prueba del hecho negativo. Se trata, esencialmente, de dar la vuelta al problema para plantearlo en términos de un hecho positivo

153. Sobre la mayor facilidad de la prueba en este caso cf. Micheli, *op. cit.*, p. 298 [tr. cast., *op. cit.*, p. 264]; Patti, *op. cit.*, pp. 53 ss. Sobre la hipótesis de la incompatibilidad entre hechos, v. capítulo IV, 1.3.

154. V., *supra*, nota 149. Ya Matteo Pescatore (en *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, Torino, 1883, pp. 100 ss.) destacaba las notables dificultades que surgen cuando se trata de probar las denominadas «negativas indeterminadas», es decir, precisamente, aserciones negativas genéricas, carentes de un objeto exactamente individualizado.

155. Cf. Dondi, en la nota cit., pp. 602 s.; Pescatore, *op. cit.*, *loc. cit.*

incompatible *con el hecho negativo* (obsérvese que éste no es el mecanismo de la coartada, sino su contrario). En resumen: se puede probar *la falsedad* del hecho identificado negativamente si se demuestra que, en realidad, el hecho negado se ha producido o si se demuestra un hecho positivo incompatible con la negación. Es falso que Ticio nunca haya estado en el lugar *L* si se demuestra que *una vez* estuvo allí; es falso que Ticio no sea propietario de terreno alguno en ningún lugar si se demuestra que es propietario de un terreno en el lugar *L*, etcétera.

Por otra parte, frente a situaciones de este tipo es necesario poner de manifiesto que el problema de la incertidumbre del hecho se resuelve en términos de prueba únicamente en una de las dos hipótesis lógicamente posibles. Supongamos que el problema sea establecer que Ticio no es propietario de terreno alguno en ningún lugar. La incertidumbre se resuelve en sentido contrario si se ofrece la prueba de que Ticio es propietario de un terreno en el lugar *L*: la prueba de un hecho positivo incompatible conlleva la determinación negativa del hecho negativo. Pero si no se ofrece esa prueba, no hay otra forma de resolver *mediante pruebas* la incertidumbre sobre el hecho negativo; podrá resolverse de otro modo, por ejemplo, si las normas en materia de carga de la prueba endosan a la otra parte la carga de probar el hecho positivo incompatible y, a falta de cumplimiento de esa carga, comportan la victoria de la parte que debería haber demostrado el hecho identificado negativamente. Es decir, estaríamos ante un esquema del siguiente tipo: por hipótesis, Ticio debería demostrar que no-*X*, pero en realidad la ley endosa a Cayo la carga de demostrar *X*. Si se obtiene la prueba de *X*, la incertidumbre se resuelve a favor de Cayo sobre la base de la prueba; si no se obtiene la prueba de *X*, la incertidumbre se resuelve a favor de Ticio sobre la base de la regla de la carga de la prueba.

Por otra parte, está claro que en ambas situaciones la incertidumbre sobre la existencia del hecho identificado negativamente se resuelve sin que ese hecho sea probado directamente, del mismo modo que en el caso de la coartada la determinación del hecho negativo es sólo la consecuencia de la prueba de un hecho incompatible con el hecho que se niega.

La identificación negativa del hecho pone, pues, en evidencia los distintos mecanismos que pueden usarse para resolver la incertidumbre del hecho a cuya negación se vinculan ciertos efectos jurídicos.

Algunas veces, el hecho negativo puede ser directamente objeto de prueba. Otras, la decisión sobre el hecho negativo se deriva de la aplicación de reglas que prevén las consecuencias de la falta de prueba

del hecho positivo correspondiente. En otras ocasiones, la incertidumbre sobre el hecho negativo se resuelve porque se prueba un hecho positivo incompatible *con la negación de un hecho* (si se prueba que Ticio es propietario de un terreno en *L* queda excluido que no sea propietario de ningún terreno). Finalmente, la incertidumbre sobre el hecho negativo puede resolverse porque se pruebe un hecho positivo incompatible *con el hecho negado* (caso de la coartada: no es verdad que Ticio estaba en *L* en un determinado momento, porque está probado que en ese momento estaba en *P*). Debe observarse que estas dos últimas hipótesis no sólo no son coincidentes sino que son más bien contrapuestas, en función de la distinta relación que se produce entre el hecho que en realidad se prueba y el hecho negativo: en la primera de ellas, en efecto, el resultado de la prueba demuestra un hecho incompatible con la negación de *X* y, por tanto, conlleva el rechazo de la tesis que se funda sobre esa negación; en cambio, en la segunda el resultado de la prueba demuestra un hecho incompatible con *X* y, por tanto, demuestra la negación de *X* y la fundamentación de la tesis que presupone esa negación.

Por otra parte, aquellas hipótesis presuponen también vínculos de incompatibilidad cualitativamente distintos entre el hecho que se prueba y el hecho identificado negativamente. En el primer caso estamos ante una incompatibilidad *lógica*: si resulta probado que el hecho *X* se ha producido, esto es lógicamente incompatible con cualquier aserción que afirme que *X* no se ha producido (nunca o bien en las circunstancias específicas relevantes en el caso concreto).

En cambio, en el segundo caso estamos ante una incompatibilidad *material* o *empírica*: la prueba de la presencia de Ticio en un lugar en un cierto momento es empíricamente incompatible con la presencia de Ticio en otro lugar en el mismo momento (pero no hay en ello incompatibilidad lógica alguna) y, por tanto, constituye una confirmación empírica de su ausencia<sup>156</sup>.

156. Las dificultades lógicas y prácticas de configurar las modalidades de prueba del hecho negativo han constituido tradicionalmente la justificación de la regla *negativa non sunt probanda*. Sin embargo, esta regla es rechazada casi unánimemente en la doctrina más reciente, en la medida en que se sostiene que la prueba del hecho negativo, aunque sea algunas veces difícil, no es *a priori* imposible. Por ello, los problemas al respecto deben resolverse en la formación del convencimiento del juez, pero no constituyen razones suficientes para cambiar el reparto de las cargas de la prueba entre las partes que resulta de la configuración normativa del supuesto de hecho. En este sentido, v., especialmente, Micheli, *op. cit.*, pp. 298 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 264 ss.], y también un comentario en Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, p. 475.

5. *Algunos tipos de hecho.*—La doctrina jurídica ha intentado desde siempre dominar la infinita variedad de supuestos de hecho previstos por las normas, elaborando las más diversas distinciones y clasificaciones de los «hechos jurídicos» en función de las características que en cada caso han sido consideradas como relevantes<sup>157</sup>. Precisamente por esa razón, aparte de la extremada variedad de aquellas clasificaciones, no es posible realizar aquí un análisis sistemático al respecto. Por otro lado, muchos de los puntos de vista que han sido empleados para elaborar tipologías de los hechos jurídicos no han tomado en consideración la problemática de la prueba, de forma que no serían de interés alguno en este punto. Es más, es casi paradójico que, a pesar de la obvia vinculación funcional de la prueba con la demostración de los hechos jurídicos, el análisis tipológico de éstos haya olvidado habitualmente los problemas relativos a la individualización del hecho como objeto de prueba<sup>158</sup>.

No obstante, remediar esta laguna de forma pretendidamente completa y sistemática sería un objetivo casi imposible, ya sea por la infinita variedad de los supuestos de hecho regulados por las normas o bien porque, en todo caso, cualquier criterio de distinción y clasificación que tenga únicamente en cuenta la correlación entre hecho jurídico y prueba del hecho sería relativo. Sin embargo, parece oportuno intentar abandonar, al menos en parte, el carácter genérico que a menudo caracteriza la noción de «hecho» que se usa para individualizar el objeto de la prueba, integrando el análisis desarrollado en las páginas precedentes con el examen de algunas hipótesis que presentan peculiaridades relevantes. Estas hipótesis son, en muchos aspectos, problemáticas y ésta es la razón por la que se toman en consideración. Aunque obviamente éstas no son las únicas hipótesis problemáticas, son suficientes para demostrar que es erróneo concebir el objeto de la prueba como un hecho material simple y bien definido.

5.1. *El hecho complejo.*—Normalmente, cuando se piensa en el hecho como objeto de prueba o se esquematiza la estructura de la nor-

157. V. al respecto, entre los muchos ejemplos de clasificaciones de hechos jurídicos, Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, pp. 201 ss. [hay tr. cast. de la primera edición de esta obra, *Teoría general del Derecho*, a cargo de C. Posada, Madrid, 1941]; Falzea, *op. cit.*, pp. 944 ss. Críticas eficaces y argumentadas a muchas de las tipologías habituales pueden verse en Maiorca, *op. cit.*, pp. 114 ss., 120 ss., 125 ss.

158. Un ejemplo interesante de esto puede encontrarse en uno de los máximos estudiosos de la prueba Francesco Carnelutti, en la *Teoria generale*, analiza la tipología de los hechos jurídicos y la de las pruebas (*op. cit.*, pp. 372 ss.), pero no relaciona los dos temas; en la *Prova civile* analiza la prueba en función del hecho (*op. cit.*, pp. 13 ss. —tr. cast., *op. cit.*, pp. 7 ss.—), pero no toma en cuenta la tipología de los hechos jurídicos.



ma individualizando la prótasis referida al hecho, se asume como modelo un tipo de hecho simple constituido por un evento concreto precisamente situado entre determinadas coordenadas espacio-temporales. Se está, así, ante el hecho ilícito *H* sucedido en el momento *T* y en el lugar *L*; el contrato *C* estipulado en *TL*, etc. Hechos de este tipo son, precisamente por sus propias características, fácilmente identificables tanto si se trata de individualizar el hecho jurídicamente relevante sobre la base de la norma como si se trata de definir —sobre esa base— las circunstancias específicas destinadas a constituir el objeto de la prueba. En realidad, si se está ante una situación de hecho concreta bien determinada, normalmente no es difícil seleccionar aquellos de sus aspectos que asumen significado desde el punto de vista de la norma de la que se conjetura su aplicabilidad. Así pues, es posible definir el hecho jurídicamente relevante, y por tanto el objeto de la prueba, mediante una o unas pocas proposiciones descriptivas del tipo «el hecho *H* se ha producido en *T* y *L* con las modalidades *Ml* ..... *Mn*»<sup>159</sup>.

Sin embargo, son muy frecuentes los casos en los que el hecho relevante para la aplicación de una norma no puede reducirse a un evento simple y específico, bien delimitado en el espacio y en el tiempo, sino que se trata de un hecho *complejo*<sup>160</sup>. Se puede hablar de «hecho complejo», al menos, en dos sentidos principales, aunque la mayor parte de los hechos complejos lo son en ambos sentidos.

En el primer sentido, es complejo el hecho de que aunque sea identificado de forma simple por la norma aplicable, está compuesto de distintas «partes»<sup>161</sup>. Un contrato puede estar constituido por numerosas cláusulas y muchas de ellas pueden ser relevantes en el mismo caso concreto; un accidente (o un desastre) puede ser muy complejo desde el punto de vista de la dinámica con la que se ha producido; una negociación puede ser muy compleja si las posiciones de las partes son divergentes y articuladas; compleja puede ser también la redacción de un balance, etcétera.

Una segunda dimensión relevante de la complejidad está constituida por la duración en el tiempo. Por ejemplo, sólo la posesión prolongada por el período establecido puede producir la adquisición de la propiedad y la falta de ejercicio de un derecho por un tiempo establecido produce la prescripción.

159. Sobre el esquema del hecho simple descriptiva y positivamente individualizado, cf. Wróblewski, *Facts in Law*, cit., pp. 109, 117.

160. En general, sobre la distinción entre hecho simple y hecho complejo, cf. Maiorca, *op. cit.*, p. 125.

161. En general, sobre el problema de la «descomposición de la realidad» v., *supra*, apartado 2.

Pero, como ya se ha mencionado, en muchos casos están presentes ambos factores de complejidad. Esto es lo que sucede en los frecuentes casos en los que el «hecho» está constituido, en realidad, por un comportamiento (no momentáneo sino) prolongado en el tiempo o por una actividad o por una situación que duran en el tiempo. Piénsese, por ejemplo, en el uso de una cosa con la diligencia normal, en la buena fe en la ejecución de un contrato o en la posesión caracterizada por el *animus* de poseer *uti dominus*, donde a la duración se añade la complejidad del comportamiento material y del elemento subjetivo. Aún más, piénsese en la administración de una empresa, que es una actividad compleja en sí misma además de articulada en el tiempo. Y piénsese, por último, en la convivencia de los cónyuges o en la educación de los hijos, que son actividades típicamente compuestas por una multitud de comportamientos distribuidos en el tiempo y vinculados por conexiones subjetivas y materiales de la más variada naturaleza.

El problema fundamental que afecta a los hechos complejos, y que resulta, obviamente, más grave conforme aumenta su complejidad, proviene de que son difícilmente identificables con precisión analítica; consecuentemente, puede ser muy difícil establecer qué constituye objeto de prueba (es decir, qué debe ser probado para que se dé la condición de aplicación de la norma). Algunas veces este problema puede resolverse o, al menos, su dificultad puede reducirse en alguna medida, sobre la base del supuesto de hecho jurídico al que se reconduce el hecho complejo. En esos casos sucede que frente a una situación de hecho estructuralmente compleja evocada como tal por una norma se pueden emplear, sin embargo, criterios de selección que permiten individualizar *algunos* aspectos específicamente relevantes (que como tales serán los únicos que deberán ser probados)<sup>162</sup>. Así por ejemplo, para usar un caso ya examinado, el juez de la separación no tendrá que determinar todos los infinitos comportamientos y eventos que constituyen la convivencia de los cónyuges: es suficiente, en cambio, que se prueben *algunos* eventos o comportamientos, idóneos para valorar la intolerabilidad de la convivencia<sup>163</sup>. Del mismo modo, puede no ser

162. Algunas veces la selección es realizada por la propia norma: se está entonces ante el mecanismo que se denomina de «simplificación analítica del supuesto de hecho» (al respecto, v., también para ulteriores indicaciones, Verde, *op. ult. cit.*, pp. 181 s., 186).

163. En casos de este tipo, opera algunas veces el criterio de la *normalidad*, que establece que no se prueba aquello que se asume como «normal», por ejemplo el desarrollo cotidiano de la convivencia, y, en cambio, se prueba aquello que es «anormal», por ejemplo los hechos específicos que pueden fundamentar una valoración de intolerabilidad.

necesario conocer todos los aspectos de la gestión de una empresa, pudiendo ser suficiente seleccionar los aspectos concretos que identifican el fraude de acreedores o la lesión de los derechos de los socios. También puede no ser necesario establecer todos los detalles de una complicada relación contractual si, por ejemplo, se discute acerca de la validez de una determinada cláusula o de un incumplimiento específico en un contrato de prestación periódica.

En casos de este tipo, la complejidad intrínseca del hecho permanece, por decirlo así, fuera del problema de la prueba: el hecho complejo está presupuesto y constituye la base o el substrato sobre el que se funda la controversia, pero entran en juego criterios jurídicos de selección en función de los cuales *sólo algunos aspectos* relativamente simples *del hecho complejo* son, en realidad, relevantes. El hecho complejo no sólo es materialmente existente fuera del proceso, como cualquier situación material no relevante: es evocado por la norma (que, por ejemplo, se refiere a la convivencia, a la administración, a las negociaciones, al contrato, etc.) que, sin embargo, se interesa únicamente por algunos de sus aspectos, a los que atribuye relevancia específica. Hay, pues, una suerte de selección en dos grados. Por un lado, se individualiza un hecho o una situación compleja (la convivencia, la gestión de la empresa), mientras que, por otro, se identifican dentro de ese contexto algunos aspectos —reducibles al modelo del *hecho* relativamente *simple*— que son los únicos que deben ser probados.

En muchos casos, sin embargo, este tipo de «reducción de la complejidad» no funciona, ya que es relevante jurídicamente el «hecho complejo» en cuanto tal. Así, es la posesión continuada *uti dominus* la que da lugar a la usucapión; es la totalidad de la ejecución del contrato la que se debe desarrollar con buena fe; es el uso continuado de la cosa el que debe realizarse con la normal diligencia; es la dinámica completa del accidente o del desastre la que debe ser determinada, etc.

Desde el punto de vista de la prueba, es posible superar algunas veces la complejidad no reducible del hecho. Es el caso del hecho que es complejo porque está compuesto por muchos eventos concretos o por una dinámica complicada: si los eventos concretos o los distintos momentos de la dinámica son identificables (y a menudo lo son según los criterios de relevancia habituales), entonces el único problema es que habrá muchos hechos por probar y, por tanto, muchas pruebas o pruebas con objetos múltiples o complejos. En ese caso, pueden surgir dificultades de tipo procesal, pero en línea de principio es posible des-

Sobre el criterio de la normalidad v. Chiovenda, *Principii*, cit., p. 789 [tr. cast., *Principios*, cit., t. II, pp. 269-270] y, en particular, Verde, *op. ult. cit.*, pp. 469 ss.

componer ese tipo de hecho complejo en una serie de hechos simples, cada uno de los cuales puede representar un objeto de prueba adecuado.

A menudo, sin embargo, el problema del hecho complejo no es superable de este modo. El comportamiento que se prolonga en el tiempo (la posesión por veinte años, por ejemplo) no puede ser descompuesto en instantes, sobre cada uno de los cuales verse una prueba específica; lo mismo ocurre en el caso de actividades (como la educación de los hijos) que no pueden ser descompuestas en actos que puedan probarse uno por uno. Y, sin embargo, el comportamiento o la actividad son *como tales* los «hechos relevantes» en situaciones jurídicas determinadas, aunque *como tales* no puedan ser probados. El problema del hecho complejo es precisamente éste: o bien, como sucede en algunos casos, es reducible a hechos simples o bien no puede ser probado. Al menos, no puede ser probado con las modalidades y con la precisión con las que habitualmente se prueba el hecho simple.

En efecto, frente al hecho irreduciblemente complejo, el problema de la prueba se transforma respecto de la situación «normal», porque sólo transformándose puede ser resuelto de algún modo. Esencialmente, las soluciones posibles son dos: la primera puede denominarse *prueba por muestreo* (*prova per campione*) y la segunda *prueba por falta de prueba contraria* (*prova per mancanza del contrario*). Ambas pueden operar por separado o conjuntamente.

Se está ante una prueba por muestreo cuando, en realidad, se prueba algún «momento» de un hecho que se prolonga en el tiempo. La prueba de los otros momentos no es directamente ofrecida, de forma que se puede decir que el hecho no es «integralmente» probado; se obtiene sólo por extrapolación de la prueba parcial y de la falta de prueba contraria. En el caso de la posesión por veinte años, por ejemplo, está claro que no se prueba concretamente *cada día* de posesión: en cambio, se prueba que aquélla se daba hace veinte años y se da todavía veinte años después. Estos «segmentos de tiempo», conjuntamente con la ausencia de demostración del cese de la posesión durante ese período, son considerados normalmente suficientes para derivar la prueba de la posesión por veinte años. Así pues, ésta no se prueba integralmente de forma directa: se prueba por extrapolación, en la medida en que los «segmentos de tiempo» directamente probados permitan defender la duración continuada y completa de la posesión<sup>164</sup>.

164. El legislador italiano ha percibido el problema que aquí se ha planteado a modo de ejemplo, previendo directamente la «reducción de la complejidad» probatoria del hecho constituido por la duración ininterrumpida de la posesión. El instrumento empleado es la presunción de la posesión intermedia, previsto en el artículo 1142 cod. civ.

Se está ante una prueba por falta de prueba contraria siempre que la existencia de una determinada situación de hecho no es directamente demostrable y es derivada de la falta de prueba de circunstancias incompatibles con aquélla<sup>165</sup>. Por ejemplo, la diligencia normal en el uso de una cosa es difícilmente demostrable de forma directa, siendo muy improbable que se disponga de testigos de las modalidades con las que Ticio ha usado la cosa en todas las ocasiones y todo el tiempo en que la cosa ha sido usada. Es, en cambio, más fácil probar la falta de la diligencia normal (o la mala fe o la incorrección), es decir, un hecho incompatible con el hecho complejo en cuestión, aunque sólo sea porque normalmente el hecho incompatible está dado por una o varias circunstancias identificadas en el tiempo y en el espacio. Algunas veces es el propio legislador quien realiza esa inversión (de forma que, por ejemplo, se deba probar la mala fe y no la buena fe en el proceso)<sup>166</sup>, pero en muchas ocasiones ésta se produce simplemente *por necesidad*, es decir, porque no hay otro modo de resolver la incertidumbre acerca de la existencia de un hecho complejo que no es susceptible, como tal, de prueba directa. Esa incertidumbre se resuelve de forma más segura (y obviamente en sentido negativo) si se obtiene la prueba de un hecho incompatible (por ejemplo la interrupción por parte del propietario o el cese de la posesión)<sup>167</sup>. También puede resolverse en sentido positi-

it., según la cual basta probar la posesión actual y la posesión inicial (en la literatura reciente v. Sacco, en *Commentario al codice civile*, dirigido por P. Cendon, vol. III, Torino, 1991, p. 591; Cian y Trabucchi, *op. cit.*, p. 787). En cualquier caso, siempre que se trate de probar la duración de una situación y no se disponga de presunciones legales, la única posibilidad disponible es la de probar un cierto número de momentos de esa duración a partir de los cuales se pueda deducir su continuidad.

165. Al respecto, es válido también el ejemplo de la duración de la posesión. La presunción de posesión intermedia es, en efecto, *iuris tantum* y decae en el momento en que se prueba lo contrario, es decir, se prueba un hecho que implique la interrupción de la posesión. Del mismo modo, la extrapolación acerca de la duración, que puede extraerse razonablemente a partir de la prueba de algunos de sus momentos, rige hasta que se demuestre lo contrario, es decir, la interrupción.

166. V. el artículo 1147 cod. civ. it. y, al respecto, cf. Sacco, *op. cit.*, p. 596; Cian y Trabucchi, *op. cit.*, p. 795. Consideraciones análogas a las que se refieren a la presunción de posesión intermedia valen también para la presunción de buena fe.

167. No por casualidad, se producen situaciones de este tipo en supuestos de hecho en los que la ley no se ha enfrentado al problema de la prueba o, en cualquier caso, éste no es resoluble claramente sobre la base de la norma. Se produce entonces el fenómeno de las llamadas presunciones jurisprudenciales (respecto de las que puede verse, ampliamente, Verde, *op. ult. cit.*, pp. 35 ss.) en el que es la jurisprudencia, en lugar del legislador, quien no exige la prueba de un hecho e impone a la contraparte la prueba del hecho incompatible. A menudo esto sucede, en realidad, cuando es particularmente difícil la demostración de un hecho complejo.

vo, aunque obviamente de una forma menos segura, si falta la prueba de cualquier suceso incompatible con la existencia del hecho complejo en cuestión.

Tanto la prueba por muestreo como la prueba por falta de prueba contraria son (más la segunda que la primera) formas «débiles» de resolver la incertidumbre sobre la existencia de hechos cuya complejidad no sea reducible. A menudo, ambas pruebas se usan conjuntamente, lo que permite obviar en alguna medida su debilidad intrínseca. Por otra parte, parece que resultan inevitables o, en todo caso, es inevitable el recurso a técnicas de prueba incompleta, aproximativa e indirecta, en los casos no infrecuentes en los que el hecho jurídicamente relevante es complejo y no se puede descomponer en una serie más o menos amplia de hechos simples. Como consecuencia, no sólo la complejidad puede ser una característica irreducible del hecho sino que ésta impone el planteamiento de la prueba del hecho con exigencias y modalidades peculiares.

5.2. *El hecho colectivo.*—Un caso particularmente interesante de hecho complejo se produce cuando la anomalía respecto de la idea-base de hecho simple no se da en la estructura o en la duración de la situación de hecho sino en su *dimensión subjetiva*. Una de las características implícitas en la idea del hecho simple es, en realidad, que éste se desarrolle tendencialmente únicamente entre las partes o, al menos, que sólo sea relevante aquella parte del hecho que afecte a una o ambas partes. Naturalmente, esto no es válido de forma rigurosa, ya que, por un lado, la identificación de los sujetos que asumen el rol formal de partes depende en amplia medida de las elecciones individuales de esos sujetos y no de la naturaleza de la situación de hecho que está en la base de la controversia; y, por otro lado, existen situaciones en las que el hecho relevante para las partes puede producir efectos jurídicos respecto de sujetos distintos de las partes. La referencia subjetiva a las partes es, en cualquier caso, fuerte y explica fenómenos como los límites subjetivos de la cosa juzgada<sup>168</sup>, mientras que la posibilidad de que la situación controvertida afecte también a sujetos distintos está en la base de diversas instituciones procesales, como la extensión subjetiva

168. Para una interpretación restrictiva de estos límites, además de un análisis sintético del problema, v. Monteleone, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova, 1978, pp. 26 ss., 107 ss., 155 ss., 164 ss.

El aspecto más interesante parece ser, sin embargo, el referido al caso en el que los efectos de la cosa juzgada se extiendan de distintas formas, y por distintas razones, más allá del ámbito subjetivo de las partes: al respecto v., especialmente, Carpi, *L'efficacia «ultra partes» della sentenza civile*, Milano, 1974, pp. 87 ss., 159 ss., 117 ss.

de los efectos de la cosa juzgada, la intervención procesal, el litisconsorcio o la oposición de tercero a la cosa juzgada\*.

No obstante, debe destacarse que incluso cuando la dimensión subjetiva de la situación jurídicamente relevante se complica en función de aspectos que pueden implicar a terceros, se permanece —por lo general— dentro de ámbitos subjetivos limitados y —siempre por lo general— individualizados o individualizables. Por un lado, en efecto, no es «normal» que una situación de hecho implique jurídicamente a un amplio número de personas; no por casualidad, la mayor parte de los conceptos y de las instituciones del procedimiento civil, en casi todos los ordenamientos, está basada en el presupuesto más o menos implícito de que ese proceso tiene que ver con situaciones que generalmente implican a pocos sujetos, siendo el ideal que éstos sean únicamente dos y desempeñen los papeles canónicos de actor y demandado<sup>169</sup>. No es casualidad tampoco que los sistemas tradicionales del proceso civil entren en crisis, o al menos encuentren notables dificultades de funcionamiento, cuando la situación controvertida es multipolar en lugar de bipolar o bien cuando el número de los sujetos interesados supera las pocas unidades<sup>170</sup>. Por otro lado, el número y la identidad de los sujetos actual o potencialmente implicados está tendencialmente determinado o es, al menos, determinable: funcionan, en este sentido, instituciones como los límites subjetivos de la cosa juzga-

\* Se trata de una institución existente en algunos ordenamientos, como el italiano o el francés, que permite al tercero que puede verse perjudicado por una sentencia recaída en un proceso en el que no fue parte oponerse a la misma para que no le afecte la cosa juzgada. V. artículos 404 cod. proc. civ. it. y 474 cod. proc. civ. fr. En España, la jurisprudencia ha admitido la extensión de la acción pauliana (art. 1111.2 C.C.) para combatir esos mismos efectos. [N. del T.]

169. V., en particular, Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, en *Harv. L. R.* 89, 1976, pp. 282 ss.

170. Cf., al respecto, Chayes, *op. cit.*, pp. 1289 ss.; Aldisert, *The Role of the Courts in Contemporary Society*, en *Un. Pittsb. L. R.* 34, 1977, pp. 462 ss. V., además, Taruffo, *Il processo civile «adversary» nell'esperienza americana*, Padova, 1979, pp. 153 ss., 254 ss., también para ulteriores referencias bibliográficas.

Son diversas las situaciones en las que se puede manifestar la crisis del modelo bipolar del proceso: un ejemplo es el de la *complex litigation* (sobre el que se puede ver, sintéticamente, Taruffo, *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, en *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. Civile*, VI, Torino, 1989, pp. 400 ss. y, en la amplia literatura sobre el tema, Marcus y Sherman, *Complex Civil Litigation*, St. Paul, Minn., 1985, y Brazil, Hazard y Rice, *Managing Complex Litigation*, Chicago, 1983. Otro ejemplo es el de la *public law litigation* (sobre el que se puede ver Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 401 ss.; Chayes, *op. cit.*, pp. 1281 ss.). Un tercer ejemplo muy relevante es el de las *class actions* (sobre el que se puede ver, sintéticamente, y para las indicaciones principales, Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 403 ss.).

da, las reglas de legitimación ordinaria o extraordinaria, la tipificación de los supuestos de hecho de intervención procesal o de litisconsorcio, entre otras<sup>171</sup>. El «sujeto imprevisto» puede, en realidad, aparecer en escena, con una intervención procesal o una oposición de tercero a la cosa juzgada, pero las posibilidades de que sea realmente «imprevisto» son absolutamente marginales. Naturalmente, en consecuencia, son tendencialmente irrelevantes los sujetos indeterminados o indeterminables que pueden teóricamente estar implicados por la situación que da lugar a la controversia, pero que permanecen extraños a ella.

Una concatenación de conceptos y de instituciones de este tipo, que individualiza una serie de características estructurales fundamentales del proceso civil, presupone precisamente hechos subjetivamente simples. La consecuencia obvia es que el proceso es apto tendencialmente para seleccionar y determinar hechos de ese tipo, que habitualmente son los que ocurren.

Sin embargo, existen también, y aumentan progresivamente aunque aún no sean habituales, situaciones en las que el hecho no es subjetivamente simple en el sentido definido, ya que implica a muchos sujetos, con dimensiones numéricas no reconducibles a la categoría imprecisa, pero limitada, de los «terceros» o de los «litisconsortes».

Frente a estas situaciones, la reacción del sistema procesal, basado en las ideas del hecho simple y de la controversia bipolar, consiste normalmente en limitarse a funcionar *iuxta propria principia*, es decir, en provocar la fragmentación de la situación que implica muchos sujetos en una serie de controversias bipolares, de modo que cada una de ellas pueda ser incluida en el esquema subjetivo habitual.

Así, para usar un ejemplo elemental, si un solo hecho produce daños a centenares o millares de personas, se tendrán centenares o millares de acciones individuales solicitando el resarcimiento del daño, cada una de las cuales se desarrollará entre dos únicos sujetos: el damnificado individual y el responsable. Puede suceder que estas acciones, o algunas de ellas, se reúnan en un mismo proceso, pero ésta es una eventualidad accidental que no afecta al carácter individual y bipolar de las acciones concretas. Fragmentando así la situación jurídica en otras tantas situaciones individuales, también se elimina la complejidad subjetiva o, al menos, se elude o esconde: desde el punto de vista de la controversia concreta, se olvida que el hecho ha producido daños a centenares o millares de personas, ya que al actor Ticio le interesa únicamente el daño que él mismo ha sufrido y, por tanto, para él exis-



te sólo aquella «porción del hecho» que directamente le afecta. Siendo cada controversia individual, no es necesario probar la efectiva dimensión subjetiva del hecho: es suficiente que se pruebe aquello que sea necesario para fundar la demanda de Ticio. Por decirlo de otro modo, no es importante, y nada cambia, que Ticio sea el único damnificado o sea uno entre miles de damnificados por el mismo evento.

Esta modalidad de funcionamiento del proceso, basada esencialmente en la negación de la complejidad subjetiva del hecho siempre que éste supere los limitados esquemas de partes/terceros, ha ido perdiendo su exclusividad en los últimos tiempos, a partir del momento en que en varios ordenamientos se ha empezado a reconocer la necesidad de la tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales, considerados *en quanto tales*.

Como es sabido, ésta es una de las vicisitudes más interesantes e importantes en la evolución de los ordenamientos modernos, que ha tenido hasta ahora resultados muy diversos en los distintos sistemas y que ha implicado —a veces provocando su crisis— a una gran cantidad de aspectos de la administración de justicia civil<sup>172</sup>. Entre los numerosos aspectos relevantes de este proceso de cambio aún en curso, uno resulta especialmente interesante en esta sede. Se trata de una suerte de inversión de la incidencia entre la dimensión subjetiva de la situación de hecho y los esquemas e instituciones procesales. Desde la óptica tradicional, como ya ha sido mencionado, esa relación se produce de forma que el esquema procesal determina la definición del hecho: dado que ese esquema presupone un hecho simple y bipolar, la situación concreta es reducida a hechos simples y bipolares (multiplicando oportunamente las controversias individuales). La inversión se produce cuando, frente a una situación de hecho que empíricamente afecta a muchos sujetos, esta dimensión se mantiene inamovible y se pretende modificar el equilibrio institucional del proceso de forma que pueda afrontar hechos subjetivamente complejos con dimensiones que superan ampliamente la clásica controversia con pocas partes<sup>173</sup>. En otras palabras, se produ-

172. El fenómeno es tan complejo que no se pueden dar indicaciones exhaustivas. Entre los escritos más significativos en la literatura italiana v., en cualquier caso, Denti, *Interessi diffusi*, en *Noviss. Dig. It. Appendice*, Torino, 1983, pp. 305 ss.; Trocker, *Gli interessi diffusi nell'opera della giurisprudenza*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, pp. 1112 ss.; Caravita, *Interessi diffusi e collettivi*, en *Dir. e soc.*, 1982, pp. 36 ss.; Vigoriti, *Interessi collettivi e processo*, Milano, 1979.

173. La razón por la que se produce este fenómeno es, habitualmente, que la tutela fragmentaria de cada posición individual se presenta difícil o imposible. Ésta es, en efecto, la exigencia que está en la base de la institución que aquí resulta más interesante, las *class actions*: v., al respecto, sobre los orígenes de la institución, Vigoriti, *op. cit.*, p. 263;

cen situaciones en las que el hecho subjetivamente complejo entra *como tal* en el proceso, correspondiendo eventualmente a este último adaptar sus propias estructuras a esas nuevas situaciones<sup>174</sup>.

Obviamente, esta situación no es simple, lo que se demuestra por las importantes dificultades que en muchos ordenamientos (y de forma particular en el italiano) se oponen a la introducción de modalidades eficientes de tutela de los intereses y de los derechos que derivan de hechos con relevancia supraindividual<sup>175</sup>. Sin embargo, algunas experiencias están bastante maduras (aunque en absoluto hayan concluido) como para permitir un primer análisis de los hechos subjetivamente complejos y de las consecuencias que éstos pueden producir en el terreno probatorio.

Ante todo, conviene subrayar que los procesos dirigidos a la tutela de bienes e intereses con relevancia supraindividual no siempre implican la identificación y la prueba de hechos subjetivamente complejos. En efecto, puede suceder que esta dimensión del hecho no se presente en un primer plano o bien que sólo sea relevante de forma secundaria. Tómese, por ejemplo, la tutela del medio ambiente: no hay dudas de que la contaminación de un río o la destrucción de un paisaje son hechos que tienen una relevancia supraindividual, ya que perjudican el interés de grupos o comunidades muy amplias. Este aspecto, de gran importancia social y hasta política, no tiene necesariamente, sin embargo, relevancia en el proceso desde el punto de vista de la identificación y de la prueba del hecho. Puede suceder también que el ámbito subjetivo de la situación dañosa tenga algún interés para otros objetos como, por ejemplo, la individualización de los sujetos legitimados para actuar o para intervenir, en la medida en que esa legitimación puede no ser reconocida a todos los sujetos realmente afectados por el hecho dañoso<sup>176</sup>; pero la consideración de la dimensión subjetiva del hecho

Taruffo, *I limiti soggettivi del giudicato e le «class actions»*, en *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 619; Yeazell, *Group Litigation and Social Context: Toward A History of the Class Action*, en *Col. L. R.* 77, pp. 867 ss.; Id., *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, New Haven, Conn., 1987; Bone, *Personal and Impersonal Litigative Forms: Re-conceiving the History of Adjudicative Representation*, en *Boston Un. L. Rev.* 70, 1990, pp. 213 ss.

174. Cf., para algunas menciones sintéticas a esas adaptaciones en el caso de las *class actions* y referencias bibliográficas, Taruffo, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 404 ss.

175. Para una visión panorámica, cf. Cappelletti y Garth, *The Protection of Diffuse, Fragmented and Collective Interests in Civil Litigation*, en *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung*, ed. por W. J. Habscheid, Bielefeld, 1983, pp. 117 ss.

176. En Italia se ha adoptado, efectivamente, una solución fuertemente limitativa por parte del artículo 18 de la ley n. 349 de 1986, creadora del Ministerio de Medio Ambiente. Cf. Taruffo, *La legittimazione ad agire e le tecniche di tutela nella nuova dis-*

puede permanecer extraña a la determinación del mismo o estar presente de una forma absolutamente secundaria. Sucede, en realidad, que el principal punto de referencia es el *bien* que ha sido lesionado o corre el riesgo de serlo<sup>177</sup>, no la individualización de los sujetos que disfrutan realmente de ese bien, y que, además, esos sujetos no entran siquiera en juego como titulares (individuales o colectivos) del derecho de resarcimiento del daño<sup>178</sup>.

Por otro lado, hay en cambio situaciones en las que el proceso se adapta —por decirlo así— a la presencia de situaciones de hecho subjetivamente complejas, pero lo hace únicamente instituyendo mecanismos para tratar conjuntamente de forma más ágil acciones individuales. Es el caso del modelo ya tradicional de la *class action*, referido a la hipótesis en que un hecho o comportamiento concreto crea una pluralidad de derechos individuales cuya tutela se realiza reuniéndolos en un único proceso<sup>179</sup>.

Sin embargo, debe observarse que la dimensión colectiva del hecho crea, *en cuanto tal*, consecuencias importantes en el proceso, a menos que sea eliminada o negada sin mayor discusión.

Ante todo, hay una consecuencia de orden general que se produce en función de la naturaleza del hecho e independientemente de los resultados que se den en términos del contenido de la tutela. Esta consecuencia es que, a menudo, la dimensión subjetiva del hecho resulta directamente relevante para aquello que hay que determinar para poder llegar a la decisión. Incluso cuando el hecho dañoso concreto no

*ciplina del danno ambientale*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pp. 429 ss.; Caravita, *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna, 1990, pp. 369 ss.; Landi, *La tutela processuale dell'ambiente*, Padova, 1991, pp. 63 ss.; Grasso, *Una tutela giurisdizionale per l'ambiente*, en *Riv. dir. proc.*, 1987, pp. 507 ss.

177. Cf., en particular, Caravita, *op. ult. cit.*, pp. 367 s.; también Francario, *Il risarcimento del danno all'ambiente dopo la legge 349 del 1986*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pp. 486 ss.; Id., *Danni ambientali e tutela civile*, Napoli, 1990, pp. 8 ss., 67 ss.; Bigliuzzi Geri, *Divagazioni su tutela dell'ambiente ed uso della proprietà*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1978, pp. 496 ss.; Libertini, *La nuova disciplina del danno ambientale e i problemi generali del diritto dell'ambiente*, *ivi*, pp. 552 ss.

178. Esto es lo que sucede en Italia a partir de la ley n. 349 de 1986, que considera como daño al Estado el daño ambiental y excluye la posibilidad de su resarcimiento a favor de los efectivos usuarios del medio ambiente. V. sobre este aspecto las referencias indicadas en las notas precedentes y, en particular, Caravita, *Diritto pubblico*, *cit.*, pp. 374 ss.; Landi, *op. cit.*, pp. 35 ss. Sobre la naturaleza colectiva del daño medio-ambiental v., en cambio, Francario, *Danni ambientali*, *cit.*, pp. 211 ss.

179. Sobre el modelo «clásico» de las *class actions* v., ampliamente, Vigoriti, *op. cit.*, pp. 251 ss.; también Taruffo, *I limiti soggettivi*, *cit.*, pp. 619 ss., e Id., *Diritto processuale civile*, *cit.*, pp. 403 ss.

produce, en función de la regulación jurídica de estas situaciones, más que una serie de derechos individuales al resarcimiento del daño, la determinación del hecho cambia si esos derechos se hacen valer todos juntos en el mismo proceso. Una cosa es determinar que el hecho X ha producido un daño a Ticio y otra determinar que el hecho X ha provocado daños a miles de personas que conjuntamente, aunque cada una de ellas a título individual, reclaman ser resarcidas<sup>180</sup>. Basta percibir que la consecuencia dañosa forma parte del «hecho» para entender que éste cambia, en el proceso, en función de si se han hecho valer mil acciones individuales en procesos distintos o en el mismo proceso: en el segundo caso, el hecho debe ser determinado en su dimensión subjetiva completa, es decir, en realidad, en su dimensión «objetiva», individualizada en función de las características del evento material y no en función de la relevancias respecto de posiciones jurídicas individuales<sup>181</sup>.

Esto vale aun cuando se trata de acciones individuales que se presentan por separado por los sujetos que han sufrido directamente el perjuicio. Pero las categorías ordinarias y la correspondiente idea tradicional acerca del hecho quedan todavía más desplazadas en otras situaciones que también pueden derivarse de hechos dañosos subjetivamente complejos. Es así, por ejemplo, en el caso de la *mass tort class action*, planteada por algunos sujetos por cuenta de un grupo de damnificados, que no está identificado exacta y definitivamente en el momento de la demanda (y tampoco en el de la decisión)<sup>182</sup>.

180. Surge al respecto el importante problema de definir los términos de la «cuestión común» a los distintos sujetos interesados, es decir, de definir el hecho no en los términos de concretas demandas individuales sino en sus dimensiones efectivas. Al respecto, el juez de la *class action* dispone de poderes particulares, mucho más amplios que aquellos de los que dispone en las acciones ordinarias: cf. Vigoriti, *op. cit.*, pp. 266 ss.; *Developments in the Law-Class Actions*, en *Harv. L. R.*, 1976, pp. 1450 ss., 1479 ss.

181. Tomar en consideración todas las consecuencias subjetivas del hecho —al menos tendencialmente— equivale, en realidad, a considerarlo «objetivamente», es decir, sin privilegiar ningún aspecto del mismo en detrimento de otros. Si todos los sujetos interesados resultan relevantes, ningún sujeto particular puede identificar por sí solo el hecho en la dimensión que le sea más ventajosa, excluyendo aquello que individualmente no le interese pero que pueda ser relevante en general.

182. Sobre este fenómeno cf., en particular, Giussani, *Le «mass tort class actions» negli Stati Uniti*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, pp. 331 ss.; también Bush, *My Brother's Keeper — Some observations on Federal Rule 23 and Mass Tort Class Action in the United States*, en *Civ. Just. Q.*, 1986, pp. 201 ss.; Rosenberg, *Class Actions for Mass Torts: doing Individual Justice By Collective Means*, en *Ind. L. J.* 62, 1987, pp. 561 ss.; Note, *Mass Exposure Torts: An Efficient Solution to a Complex Problem*, en *Un. Cinc. L. R.* 54, 1985, pp. 467 ss.; Note, *Federal Mass Tort Class Action: A Step, Toward Equity and Efficiency*, en *Alb. L. R.* 47, 1983, pp. 1180 ss. En sentido crítico cf. Williams, *Mass Torts Class Actions: Going, Going, Gone?*, en *F.R.D.* 98, 1983, pp. 323 ss.

En casos como éstos, la incidencia de la dimensión subjetiva del hecho es bastante clara: cambia la forma de identificar, por ejemplo, el efecto dañoso y la cuantía del correspondiente resarcimiento<sup>183</sup>. Se llega a admitir, algunas veces, que esos aspectos del hecho no estén completamente determinados *a priori* o que lo estén en función de criterios no analíticos, como sucede cuando no se identifican de forma inmediata todos los miembros de la *class* de los que tienen derecho a lo que fuere.

Surge así un aspecto añadido interesante: la posible indeterminación de la dimensión subjetiva, que no afecta únicamente a las acciones resarcitorias.

El problema de «dar por determinado» el hecho incluso a falta de una prueba completa y analítica de sus consecuencias en el aspecto subjetivo, es decir, de la individuación exacta de los sujetos que sufren esas consecuencias, se ha planteado, aparte de en las *mass tort class actions*, también en las acciones antidiscriminatorias. En el caso de las *mass tort*, como en el famoso *Agent Orange case*, se pretende definir las consecuencias dañosas de un hecho (en el ejemplo la exposición a materiales peligrosos) sin que estén exacta y analíticamente probadas, o mejor: más allá de los límites en que están analíticamente probadas<sup>184</sup>. Aquí se trata, en realidad, de resarcir no sólo a los sujetos que demuestren haber sufrido determinados efectos dañosos sino también a aquellos que probablemente los sufrirán. Esto es, se trata de determinar el daño sin limitarse a sumar los daños individuales demostrados sino estableciendo la presumible cuantía total del mismo, es decir, definiendo de forma aproximativa el número de los sujetos que probablemente han sufrido consecuencias perjudiciales del hecho dañoso o que las sufrirán en el futuro<sup>185</sup>. En resumen, se pretende medir el remedio para la dimensión subjetiva real del hecho dañoso, pero —especialmente frente a desastres masivos con efectos dañosos que pueden verificarse incluso con posterioridad— esta dimensión no puede ser rigurosa y analíticamente probada<sup>186</sup>. Por otra parte, limitar la tutela únicamente

183. En numerosos casos de *public law litigation*, además, las consecuencias del hecho no sólo son de tipo reparatorio o de resarcimiento, sino que implican la modificación de la situación de hecho o la creación de situaciones nuevas. Se deriva de aquí una visión *prospectiva*, y no sólo *reconstructiva*, de la situación de hecho: cf. Chayes, *op. cit.*, p. 1296.

184. Para un análisis de esta situación y amplias referencias bibliográficas cf. Giussani, *La prova statistica nelle «class actions»*, en *Riv. dir. proc.*, 1989, pp. 1033 ss.

185. Cf. Giussani, *op. ult. cit.*, pp. 1040, 1042 s., 1046.

186. Sobre la imposibilidad de la prueba específica del nexo causal individual v., en particular, Giussani, *Le «mass tort class actions»*, cit., pp. 347 s.; Id., *La prova statistica*, cit., p. 1043.

a los daños analíticamente demostrados significaría reducir excesivamente el ámbito tutelado, excluyendo numerosas situaciones. Para evitar esa limitación, se acaba aceptando que el «hecho» esté ampliamente indeterminado en su dimensión subjetiva y que esa dimensión sea probada sólo parcialmente<sup>187</sup>.

En las acciones antidiscriminatorias, las reglas tradicionales exigirían que se impusiese una sanción únicamente en los casos en que la discriminación resultara probada en perjuicio de sujetos específicos. También en ese caso, sin embargo, se obtendría como consecuencia una fuerte reducción del ámbito de la tutela jurisdiccional de la igualdad de trato, ya que a menudo sucede que la discriminación no es demostrable de forma directa. Para evitar esta consecuencia, se admite que el «hecho» representado por el comportamiento discriminatorio puede no ser exactamente o completamente identificado desde el punto de vista subjetivo: en otros términos, puede incluso faltar la exacta y completa individualización de los sujetos discriminados siempre que sea conjeturable la existencia del comportamiento discriminatorio<sup>188</sup>.

En situaciones como éstas, se pone en evidencia un tipo de hecho que es complejo desde el punto de vista subjetivo porque tiene la peculiaridad de explicar efectos que se producen sobre grupos muy amplios de sujetos, a veces amplísimos y a menudo parcialmente indeterminados. En algunas ocasiones, como ya se ha mencionado, esa complejidad se resuelve en el campo de la identificación del hecho, fragmentándolo en una serie de «hechos individuales» o concentrando una serie de acciones individuales en el mismo proceso. Sin embargo, surge la

187. Cf., una vez más, Giussani, en los lugares citados en las notas precedentes.

188. Sobre estas situaciones y sobre la necesidad de abandonar la prueba específica de la discriminación en perjuicio de sujetos determinados, v., entre lo más reciente, también para otras referencias, Giussani, *La prova statistica*, cit., pp. 1032 s., 1044 s. Una situación de ese tipo está ahora prevista expresamente en la ley de 10 de abril de 1991, n. 125, en materia de acciones positivas para tutelar la paridad hombre-mujer en el puesto de trabajo, cuya *ratio* fundamental es precisamente el de hacer posible la tutela contra las denominadas discriminaciones indirectas. El artículo 4, párrafo 5, prevé que el recurrente ofrezca elementos de hecho «obtenidos incluso de datos de carácter estadístico» idóneos para fundar una presunción de existencia de la discriminación. En ese caso, corresponde al empleador demandado la carga de demostrar la inexistencia de la discriminación (al respecto v., más ampliamente, *infra*, capítulo VI, 3.5). Por otra parte, el punto 6 del mismo artículo 4 prevé que el recurso pueda ser planteado por el *consigliere di parità* «también cuando no se puedan individualizar de forma inmediata y directa los trabajadores afectados por la discriminación», haciendo así posible la acción de tutela incluso cuando no estén individualizados los sujetos concretos directamente damnificados. [El *consigliere di parità* es un órgano público encargado de velar por la igualdad sexual y que puede actuar en juicio en defensa de ese objetivo. *N. del T.*]

exigencia, en distintos campos, de no dejar la identificación del hecho exclusivamente a la dinámica de las acciones individuales y de hacer que la dimensión real del hecho emerja en cuanto tal en el juicio. Ahora bien, dada la complejidad subjetiva del hecho, que algunas veces alcanza dimensiones enormes, esta operación tiene un costo en términos de precisión: el hecho podrá ser *substancialmente* identificado y probado, pero dentro de márgenes más o menos relevantes de aproximación en la definición de los sujetos implicados. Se tratará, así, de un hecho caracterizado por márgenes incluso notables de indeterminación subjetiva.

Naturalmente, esto tiene consecuencias que no carecen de importancia en el plano probatorio. Por un lado, se trata de reconocer la posibilidad de que pueda constituir el objeto de la prueba un hecho que no sólo presenta peculiaridades muy diversas respecto de la idea base del «hecho simple», sino que además no está exactamente definido, al menos, en un aspecto de notable relevancia como es la extensión subjetiva de sus consecuencias. Esto es, se establece que se ha producido un hecho o un comportamiento lesivo; se establece también que ese hecho afecta a un grupo de personas que está individualizado sólo parcialmente, de forma que en cierta medida los confines del grupo permanecen inciertos.

Por otro lado, frente a hechos de este tipo resultan inevitables cambios relevantes en las técnicas habituales de prueba. Si se trata de establecer las probables consecuencias *futuras* de la exposición a radiaciones o a materiales peligrosos, o de establecer la probabilidad de que haya sujetos discriminados en una empresa en la que se da un porcentaje desequilibrado de blancos respecto de negros o de hombres respecto de mujeres, está claro que los medios habituales de prueba pensados para determinar hechos materiales simples no resultan particularmente eficaces. No por casualidad, los sectores de los que se ha discutido hasta ahora son aquellos en los que se emplea típicamente la denominada *prueba estadística* a los efectos de determinar de forma inferencial, y en términos de aproximación cuantitativa, aquellos aspectos del hecho subjetivamente complejos que por distintas razones no pueden ser ni exactamente individualizados *ex ante* ni analíticamente probados de las formas habituales<sup>189</sup>.

Los aspectos que se han puesto en evidencia aquí pueden parecer muy discutibles, o quizás incluso inaceptables, desde el punto de vista de las formas corrientes de concebir el «hecho» y de definir los supuestos de hecho sustanciales en cuestión. A pesar de ello, no se puede

189. Cf. Giussani, *op. ult. cit.*, pp. 1039 ss., 1046 ss.

negar que esos problemas existen y que tienen la peculiaridad de poner en crisis, precisamente, las ideas habituales acerca de la individualización del supuesto de hecho y de la definición de lo que puede constituir objeto de prueba.

5.3. *El hecho psíquico.*—Otra de las convenciones que implícitamente se asumen cuando se emplea la idea común de «hecho» es que éste es, además de simple y bien identificado, también *material*: esto es, se supone que el hecho está constituido por un evento del mundo físico o por un comportamiento que se traduce en actos materiales<sup>190</sup>. Se analiza así desde la contaminación a la conducta antisindical, desde el accidente de tráfico a la posesión.

Una vez más, sin embargo, es necesario constatar que la idea-base del hecho es demasiado simplista y reductiva, dado que existen numerosos hechos jurídicamente relevantes que no pueden ser calificados como materiales en el sentido recién mencionado. Se trata, esencialmente, de hechos que pertenecen a la esfera psicológica, sentimental o volitiva de determinados sujetos y consisten en sentimientos, valoraciones, actitudes, preferencias, intuiciones o voluntades<sup>191</sup>. Para referirse a hechos de esta naturaleza no se necesitan sofisticadas o rebuscadas ejemplificaciones: basta pensar en la voluntad y en sus respectivos vicios en el contrato, en la condición de buena fe o de mala fe, en los innumerables casos en los que importa la culpa leve o la culpa grave, en los casos en los que importa el «conocimiento» de algo (como, por ejemplo, del estado de insolvencia del deudor a los efectos de la revocatoria), para tener docenas de supuestos en los que el hecho relevante es un «hecho psíquico» interno a la esfera mental, cognitiva o emocional de algún sujeto.

Así pues, no es necesario subrayar la frecuencia y la importancia de estas situaciones; éstas son, por otra parte, tan obvias que tanto la doctrina como la jurisprudencia han analizado ampliamente nociones como «dolo», «culpa», «error», «mala fe», «acto en fraude de...», «conocimiento del estado de insolvencia», etc. Si bien ese análisis no ha conllevado la elaboración de un catálogo completo y estable de definiciones, aptas para ser usadas sin problemas en todos los casos en los que entra en juego algún hecho psíquico, sí ha permitido que cuando resulta necesario interpretar una norma que atribuye relevancia jurídi-

190. V., por ejemplo, la definición general del hecho jurídico empleada por Carnelutti, *Teoria generale*, cit., p. 200.

191. Sobre el uso de conceptos psicológicos en las normas v., en particular, Scarpelli, *Contributo alla semantica*, cit., pp. 124 ss.



ca a uno de esos hechos se disponga normalmente de criterios que permitan definirlos. Esta operación puede ser más o menos problemática y puede dar resultados más o menos seguros en función del tipo de hecho psíquico y del respectivo nivel de elaboración alcanzado por la doctrina y la jurisprudencia, pero puede sostenerse que existe una posibilidad razonable de individualización del hecho psíquico que la norma considera relevante. Aquí no interesa discutir, en realidad, en qué medida resulta simple y segura la individualización del hecho, ni tampoco establecer en función de cada caso la medida en que esa individualización es realizada por las normas y la medida en que es dejada en manos de los intérpretes; lo que importa destacar es que incluso cuando las normas son abiertas e indeterminadas en la definición de los hechos no materiales relevantes se dispone normalmente de un *corpus* de nociones y de conceptos que permiten definir el respectivo supuesto de hecho, resolviendo en vía de integración interpretativa la falta de individualización de las definiciones normativas<sup>192</sup>.

Surgen, en cambio, problemas relevantes desde el punto de vista de la prueba de los hechos no materiales por la buena y obvia razón de que puede no ser fácil en absoluto (y algunas veces imposible) ofrecer una demostración «externa», que sea de alguna forma cognoscible y verificable intersubjetivamente, de hechos que sólo «existen» en la esfera psíquica del sujeto<sup>193</sup>. Resulta, al menos, intuitivo que para esos hechos no sirven automáticamente las mismas técnicas probatorias que sirven para los hechos materiales o que, en todo caso, aquéllas deben ser considerablemente adaptadas.

Algunas veces, el problema tiene soluciones que no son particularmente complejas. Se trata esencialmente de los casos en los que, por ejemplo, siendo relevante la voluntad contractual de un sujeto, en realidad, se recurre a las *declaraciones* que aquél ha realizado o, en todo caso, ha hecho propias en la estipulación del contrato<sup>194</sup>. De esta for-

192. Cf. Scarpelli, *op. y loc. ult. cit.*

193. Scarpelli, *op. ult. cit.*, p. 125, subraya que de esos hechos se puede tener únicamente un conocimiento indirecto basado en la observación de comportamientos o de disposiciones a comportamientos.

194. En la base de esta solución está el clásico problema referido al conflicto entre el «dogma de la voluntad» y el «dogma de la declaración»: en cualquier caso, ese problema tiende a resolverse en el sentido de que el contenido del acto es determinado sobre la base del texto de la declaración emitida, mientras que la voluntad como hecho psíquico puede servir eventualmente para definir el significado de la declaración. En cualquier caso, se excluye que la voluntad tenga relevancia autónoma como hecho psíquico interno al sujeto, debiendo siempre recurrirse a los términos objetivos en los que aquélla fue manifestada en la declaración. Sobre estos temas, cf. en particular, en la doctrina más

ma, el problema de la prueba se simplifica radicalmente: la declaración es, en realidad, un hecho «material» que forma parte de los fenómenos sensibles y verificables intersubjetivamente<sup>195</sup>; esto es, la declaración es un suceso empírico que no se distingue (al menos desde el punto de vista de la prueba y de una forma muy general) de otros comportamientos materiales. El hecho de que Ticio haya realizado una específica declaración no es distinto del hecho de que Ticio haya consignado una suma de dinero: ambos hechos (independientemente de las actitudes psicológicas subyacentes) son demostrables «objetivamente». Esto facilita, por otra parte, la construcción de reglas probatorias específicamente destinadas a regular la prueba de las declaraciones negociales; además, algunos ordenamientos privilegian algunas técnicas probatorias que consideran más «seguras» hasta llegar a hacer incontestable el resultado y excluir la posibilidad de emplear pruebas distintas. Los artículos 2721-2726 del vigente código civil italiano son un buen ejemplo de cómo puede regularse la prueba de las declaraciones negociales de una forma muy analítica, así como alcanzar niveles elevados de «certidumbre jurídica» cuando la prueba documental privilegiada presenta características particulares, consideradas idóneas para garantizar la «seguridad»<sup>196</sup>.

Por otra parte, debe subrayarse que, de esta forma, el problema de la prueba de un hecho psíquico como la voluntad negocial se resuelve de un modo relativamente fácil porque se transforma en un problema distinto, que se remite a la prueba de un hecho material: la declaración y no la voluntad. Este mecanismo se mantiene, y el *escamotage* funciona, mientras resulta válido el presupuesto implícito en el que se basa, esto es, la equivalencia funcional entre voluntad y declaración, derivada de la suposición de que la declaración se corresponda con la voluntad del sujeto que la realiza: en otros términos, se supone que cualquiera declara precisamente aquello y todo aquello que quiere declarar.

reciente, Schlesinger, *Dichiarazione. I. Teoria generale*, en *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 379 ss.; Torrente y Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, <sup>13</sup>1990, pp. 117 ss., 255 ss.; Zatti y Colussi, *Lineamenti di diritto privato*, Padova, <sup>2</sup>1989, p. 382; Galgano, *Diritto privato*, Padova, <sup>6</sup>1990, pp. 247 ss., 332, 337; *L'interpretazione del contratto. I. Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*, a cargo de G. Alpa, Milano, 1983, pp. 145 ss. En sentido contrario, es decir, a favor de la prevalencia autónoma de la voluntad, cf. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, <sup>11</sup>1990, pp. 135 ss., 616 ss. [hay tr. cast. de la 1.<sup>a</sup> ed., *Instituciones de derecho civil*, a cargo de L. Martínez-Calcerrada, Madrid, 1967].

195. Cf. Schlesinger, *op. cit.*, p. 374.

196. V., en particular, Taruffo, *Prova testimoniale. a) Diritto processuale civile*, en *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 741 ss.

Una premisa de este tipo permite atribuir relevancia jurídica a la declaración en sí misma, desligándola de la relación con la voluntad «subyacente», y resolver *sobre esta base* el problema de la prueba. La voluntad como elemento psicológico resulta así irrevelante<sup>197</sup> y, por tanto, no hay necesidad alguna de probarla, en la medida en que los efectos jurídicos previstos por las normas se refieren a la declaración entendida como hecho material que «incorpora» y «reproduce» fielmente la voluntad del declarante.

El problema de la prueba se resuelve, pues, en la medida en que sea suficiente probar la declaración *en lugar* de la voluntad, pero no se trata obviamente de una solución absoluta. Puede suceder, en efecto, que la voluntad retorne directamente a escena haciendo irrelevante o discutible la declaración y replanteando, por tanto, el problema de la prueba de un hecho psíquico. Puede ocurrir, en efecto, que la voluntad esté viciada y que el vicio haya afectado a la validez de la declaración; o bien que la declaración corresponda a una voluntad válidamente expresada pero que ésta estuviera dirigida a un contenido distinto del que fue simulado; o bien que la declaración no sea clara y, por tanto, tenga que demostrarse cuál es su «verdadero» contenido, es decir, cuál fue la voluntad efectiva de los sujetos que realizaron la declaración<sup>198</sup>.

De esta forma, el discurso retorna al problema fundamental, es decir, a las modalidades mediante las que puede ser probado un hecho no material y, específicamente, un hecho que «existe» sólo en la esfera psíquica y volitiva de un sujeto.

Los hechos de este tipo, en realidad, sólo pueden ser probados *directamente* de una forma: reconociendo algún valor probatorio a la «expresión» del hecho psíquico por parte del sujeto que es su «autor». Estados de conocimiento, valoraciones, actos de voluntad, etc., pueden ser demostrados si, y en la medida en que, un determinado ordenamiento decida que el juez pueda o deba creer al sujeto al que aqué-

197. En ese sentido, muy claramente, Galgano, *op. cit.*, p. 248.

198. Ni siquiera en este caso, sin embargo, según la doctrina ampliamente mayoritaria, la declaración es puesta entre paréntesis para hacer prevalecer la voluntad como hecho psíquico interno. El conflicto entre voluntad y declaración, que surge cuando es dudoso el significado de la declaración, es, en efecto, resuelto haciendo prevalecer una vez más, en la medida de lo posible, el «dato» representado por la declaración. Por un lado, en efecto, se recurre a la voluntad únicamente como un elemento útil para determinar el significado de la declaración en sede de interpretación del contrato. Por otro lado, la «teoría de la buena fe o de la confianza» supone que la declaración prevalece en cualquier caso sobre la voluntad «interna» del declarante. Cf., al respecto, en la literatura más reciente, Torrente y Schlesinger, *op. cit.*, pp. 178, 256; Zatti y Colussi, *op. cit.*, pp. 382, 423; Galgano, *op. cit.*, pp. 249, 262 s., 332.

llos —por decirlo así— «pertenecen»: sucede, así, que las respectivas «expresiones» pueden tener el débil valor de las inferencias probatorias si son emitidas en el contexto «incontrolado» del interrogatorio libre<sup>199</sup> o, en cambio, valor vinculante si son emitidas bajo la amenaza de las «sanciones» que deberían garantizar la veridicidad del juramento<sup>200</sup>. Algunas veces, la ley impone, también, que se consideren verdaderas las declaraciones *contra se*<sup>201</sup> o —más razonablemente— permite considerar verdaderas las declaraciones de la parte que haya dado testimonio de las mismas, eventualmente sometándose a la *cross-examination*<sup>202</sup>. Hay, pues, distintas posibilidades de utilizar a título de prueba declaraciones provenientes del sujeto; a ellas se reconducen también pruebas que en realidad provienen de terceros (como la declaración testifical de quien dice: «sé que Ticio ha dicho que él...») si pretenden demostrar o confirmar esas declaraciones.

El problema, en cambio, se complica notablemente cuando no se dispone de enunciaciones provenientes de un sujeto acerca de sus *proprios* hechos psíquicos y, por tanto, éstos deben ser reconstruidos mediante otras modalidades.

La complicación deriva esencialmente del hecho que no son razonablemente posibles *otras pruebas directas* de esos hechos. Si bien es posible una declaración testifical del tipo «Sé que Ticio ha dicho que quería X, que sabía Y, etc.» (es decir, una declaración testifical sobre una *declaración* relativa a un hecho psíquico por parte de su «autor»), no parece posible una declaración testifical del tipo «Sé que Ticio *quiere X* o *sabe Y*». En efecto, si se analiza el fundamento de esta declaración testifical, se descubrirá que es una forma elíptica de decir que Ticio ha manifestado que quería X o que sabía Y, y entonces se está ante un caso de declaración testifical sobre una declaración de Ticio; o bien es una forma elíptica para decir que existen hechos idóneos para hacer pensar que Ticio quiera X o que sepa Y, pero entonces es una declara-

199. Cf. el artículo 116.2 del cod. proc. civ. it. Sobre el valor probatorio de las respuestas ofrecidas por las partes en el interrogatorio libre, cf. Carpi, Colesanti y Taruffo, *op. cit.*, p. 214, y también Cappelletti, *op. cit.*, I, p. 93; Vaccarella, *Interrogatorio delle parti*, en *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, pp. 394 ss.

200. Sobre el problema de la credibilidad del juramento v., por todos, Nicoletti, *Il giuramento della parte nell'attualità del processo civile*, Rimini, 1982, pp. 12 ss., 25 ss., 38 ss., 55 ss., 118 ss., 211 ss.

201. Cf. el artículo 2733.2 del cod. civ. it. y el artículo 2734.

202. Sobre la declaración testifical de las partes en los ordenamientos de *common law* v. la reconstrucción histórica de Cappelletti, *op. cit.*, II, pp. 421 ss. [tr. cast. parcial, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, a cargo S. de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1972, pp. 319 ss.].

ción testifical *sobre esos hechos*, no sobre la voluntad o el conocimiento de Ticio; o bien es, por último, una forma de decir, simplemente, que el testigo sostiene, sin ningún elemento de confirmación, que Ticio quiere X o que sabe Y. En esta tercera hipótesis, que configura el caso-tipo de declaración testifical directa sobre un «hecho psíquico» ajeno, parece evidente que no se dispone de ninguna demostración aceptable de ese hecho, siempre que se quiera distinguir entre las reconstrucciones aceptables de la realidad y las fantasías, quizás, infundadas de los testimonios.

Así pues, parece que salvo en el caso de las declaraciones provenientes del propio «autor» del hecho psíquico, la única forma de determinar hechos de este tipo consiste en utilizar técnicas de reconstrucción *indirecta*. Esos hechos no pueden ser conocidos con los habituales medios de prueba; lo que se puede conocer con esos medios son hechos materiales a partir de cuya existencia y de cuyas modalidades se pueda argüir que un determinado sujeto tenga o haya tenido una determinada voluntad, el conocimiento de algún hecho, una determinada actitud valorativa, ciertos convencimientos, etc.

En línea de principio, el problema de la prueba de los hechos no materiales remite al problema de la prueba *inferencial* (o por presunciones), en la que, precisamente, el «hecho a probar» es típicamente derivado de otros hechos, aptos para fundamentar argumentos a favor de la existencia de aquel hecho<sup>203</sup>.

No por casualidad, en diversos casos la experiencia adquirida respecto de este punto ha llevado a la jurisprudencia a elaborar conjuntos de hechos que se consideran *sintomáticos* de la existencia de determinadas situaciones psicológicas. Esto es, se tiende a tipificar, aunque sea de forma elástica y no vinculante, las circunstancias (especialmente los comportamientos) cuya presencia comporta «normalmente» la de un determinado hecho psíquico. A menudo esta tipificación está latente en la jurisprudencia y no ha sido sujeta a una reconstrucción sistemática; otras veces, en cambio, parece más bien evidente para quien se pregunta analíticamente de qué forma son reconstruidos determinados hechos psíquicos en juicio<sup>204</sup>.

203. Sobre las peculiaridades de la prueba indirecta y, en particular, de la prueba por presunciones, v., *infra*, en el capítulo VI, 2.1 y 3.1.

204. Particularmente significativas son las orientaciones de la jurisprudencia acerca del conocimiento del estado de insolvencia a los efectos de la revocatoria ordinaria; al respecto, v. el agudo análisis de Gitti, *La ricostruzione indiziaria dell'elemento soggettivo nella revocatoria ordinaria*, en *Banca, borsa*, 1991, pp. 54 ss.

Análogamente, para el caso de la determinación de la intención fraudulenta de las

Fenómenos de este tipo se explican, por una parte, sobre la base de la extrema dificultad para determinar directamente el hecho psíquico y, por otra parte, sobre la base de la tendencia general de la jurisprudencia a construir esquemas típicos de indicios para supuestos de hecho particulares<sup>205</sup>.

Esos fenómenos producen, en cualquier caso, una consecuencia de notable interés, que puede ser sintetizada así: cuando el hecho jurídicamente relevante es verdadera y propiamente un hecho psíquico (no reducible o reconducible a una declaración), casi nunca es determinado directamente. El verdadero «objeto del conocimiento» del juez son, en cambio, indicios que tienden a ser recogidos en esquemas tipificados, bajo la premisa de que esos indicios típicos producen con razonable seguridad la determinación del hecho psíquico en cuestión, al que la norma atribuye consecuencias normativas. Es, sin embargo, muy discutible la idea de que realmente, en esas situaciones, el juez determine la verdad o la existencia de un «hecho psíquico interno» del mismo modo en que determina presuntivamente un hecho material del que no tiene prueba directa. Sucede, en cambio, que *en lugar* del hecho psíquico interno el juez conoce *sólo* indicios que encajan en un esquema típico, y sobre la base de *ese* conocimiento considera subyacente el supuesto de hecho que se trata de determinar. Decir que, en ese caso, se está ante una determinación indirecta pero tipificada del hecho psíquico es quizás una inútil complicación formalista.

Es probablemente más realista pensar que ese hecho psíquico no es en realidad determinado; es más bien «sustituido» por una constelación de indicios que se consideran típicamente equivalentes al mismo y que representan el verdadero objeto de la determinación probatoria. En resumen, el hecho psíquico interno no existe como objeto de prueba y su definición normativa es sólo una formulación elíptica cuyo significado se reduce a las circunstancias específicas del caso concreto.

partes en el negocio en fraude de ley, cf. Gitti, *Il contratto in frode alla legge: itinerari della giurisprudenza*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, pp. 702 ss., 726 ss.

205. Sobre la tendencia a «tipificar» los criterios de valoración de las pruebas v., en general, Schneider, *Beweis und Beweiswürdigung*, München, 1987, pp. 34 ss.

En particular, sobre la construcción de «familias» o «combinaciones» de indicios cf. Bender, Röder y Nack, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*. Band I. *Glaubwürdigkeits- und Beweislehre*, München, 1981, pp. 205 ss.; Schneider, *op. cit.*, pp. 94 ss. En general, sobre el concepto de *Anscheinsbeweis*, fundado precisamente en la tipificación de grupos de circunstancias, v., *infra*, capítulo VI, 3.5.

# LECTURA 2

Tomada de: Michele Taruffo, "Verdad, similitud y probabilidad", en *La prueba de los hechos*, Cd. Fernández, capítulo III, Trotta, 2005, pp. 167-240.

### Capítulo III

## VERDAD, VEROSIMILITUD Y PROBABILIDAD

*Sumario:* 1. La verdad de los hechos en el proceso.–2. La verosimilitud.–3. La probabilidad cuantitativa.–3.1. El teorema de Bayes y sus aplicaciones.–3.2. Otras teorías cuantitativas.–3.3. Los límites de la probabilidad cuantitativa.–3.4. La prueba estadística.–4. La probabilidad lógica.–4.1. La probabilidad baconiana.–4.2. Los «conjuntos vagos» y el razonamiento aproximado.–4.3. Probabilidad y confirmación de hipótesis.

1. *La verdad de los hechos en el proceso.*–Como se ha destacado al inicio del libro, el problema de la determinación de la verdad de los hechos en el proceso es complejo por varias razones<sup>1</sup>. Una de estas razones afecta específicamente al concepto de «verdad de los hechos», a si ésta es alcanzable y, en su caso, cómo lo es, tanto en general como, en especial, en el contexto representado por el proceso. Las peculiaridades que se presentan en este ámbito debido al hecho de que se trata de una determinación realizada en el proceso serán examinadas específicamente más adelante<sup>2</sup>. Aquí, en cambio, me interesa examinar algunas cuestiones de orden general que inciden directamente sobre la forma en que se resuelve el problema procesal de la verdad de los hechos.

Obviamente, es necesario partir de la premisa de que el problema tiene sentido, es decir, que éste no se niegue *a priori* o simplemente se evite dando por descontado que el proceso no puede o no debe tender hacia una determinación verdadera de los hechos. Al respecto, el es-

1. V., *supra*, capítulo I.

2. V., *infra*, capítulo V.



cepticismo está siempre sujeto a críticas; en especial, lo está si —como sucede a menudo— no se acompaña de justificaciones razonables; no vale la pena tomarlo en serio si —como otras veces sucede— permanece al nivel de opciones irracionales no del todo conscientes<sup>3</sup>.

Existen en cambio buenas razones para adoptar una actitud de optimismo racionalista en el plano metodológico, es decir, como criterio de análisis. La principal de esas razones, como se ha dicho en su momento, es que es necesario situar la determinación verdadera de los hechos entre los objetivos institucionales del proceso, dado que sin esta hipótesis es casi imposible explicar racionalmente en qué consiste la justicia de la decisión<sup>4</sup>.

En este punto, el núcleo del problema no es, pues, preguntarse acerca de si el proceso debe o puede estar dirigido a la determinación de la verdad de los hechos, sino más bien establecer qué puede entenderse por verdad de los hechos en el ámbito del proceso y cuándo, en qué condiciones y mediante qué medios aquélla puede alcanzarse. Se trata, entonces, de un problema eminentemente epistemológico, ya que afecta a los caracteres y a las modalidades del conocimiento de un hecho, aunque sea en el ámbito de un contexto de experiencia específico caracterizado por reglas y exigencias institucionales particulares.

La referencia al contexto no es sólo necesaria, dado que en esta sede no es obviamente posible afrontar en términos generales los problemas del conocimiento y de sus modalidades. El contexto es también útil para «pasar a través» de un tema que de otra forma requeriría un análisis tan amplio que, en realidad, resultaría imposible. El tema es el concepto de verdad, que desde siempre ha estado en discusión en el ámbito filosófico, pero que en nuestro siglo e incluso en los últimos años ha conocido versiones distintas, polémicas y discusiones, especialmente en el ámbito de la metodología de las ciencias<sup>5</sup>.

3. Sobre estas actitudes v., más ampliamente, *supra*, capítulo I, 2.1.

4. Para la demostración de este punto, v. *supra*, capítulo I, 4.2.

5. El tema no puede ser profundizado aquí, ni siquiera a nivel bibliográfico; por tanto, se indican únicamente algunas fuentes útiles para delinear un panorama del debate más reciente, sin pretensión alguna de exhaustividad. Cf. pues, Goldman, *Epistemology and Cognition*, Cambridge, Mass.-London, 1986, pp. 17 ss., 28 ss., 42 ss., 142 ss.; Davidson, *True to Facts*, ahora en Id., *Inquires into Truth and Interpretation*, Oxford, 1984, pp. 37 ss. [tr. cast., *Fiel a los hechos*, en Id., *De la verdad y de la interpretación. Fundamentales contribuciones a la filosofía del lenguaje*, a cargo de G. Filippi, Barcelona, 1990, pp. 57 ss.]; Id., *A Coherence Theory of Truth and Knowledge*, en *Truth and Interpretation. Perspectives on the Philosophy of Donald Davidson*, ed. por E. LePore, Oxford, reed. 1989, pp. 307 ss.; LePore, *Truth in Meaning*, *ivi*, pp. 3 ss.; Grandy, *What a Truth Theory Needs Not Tell Us*, *ivi*, pp. 179 ss.; Rorty, *Pragmatism, Davidson and Truth*, *ivi*, pp. 333 ss.; Price, *Facts and the Function of Truth*, Oxford, 1988, pp. 19 ss.,

Este debate es de un gran interés y debería ser conocido por los juristas mucho más de cuanto lo es, pero aquí puede hacerse referencia al mismo sólo implícitamente para sugerir indirectamente la relatividad de la perspectiva metodológica que parece más oportuna, precisamente teniendo en cuenta el hecho de que el problema de la verdad queda circunscrito al contexto del proceso.

El punto esencial que aquí merece la pena subrayar es la posición central que, en el panorama de las distintas teorías, asume la definición de la verdad como correspondencia de las aserciones referidas a los hechos del mundo empírico, debida en especial a Tarski<sup>6</sup>. Esta defini-

130 ss., 146 ss., 202 ss.; Wiggins, *What would be a substantial theory of truth?*, en *Philosophical Subjects: Essays Presented to P. F. Strawson*, ed. por Z. Van Straaten, Oxford, 1980, pp. 189 ss.; Devitt, *Realism and Truth*, Oxford, 1984; Niiniluoto, *Truthlikeness*, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo, 1987, pp. 134 ss.; Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London, 1989, pp. 181 ss.; Id., *Coherence, Truth and Rightness in the Law*, en *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, ed. por P. Nerhot, Dordrecht-Boston-London, 1990, pp. 275 ss.; *Der Wahrheitsbegriff*, ed. por L. B. Puntel, Darmstadt, 1987; Schmidt, *Noch einmal: Wahrheitsbegriff und Rechtswissenschaft*, en *Jur. Schul.*, 1973, pp. 204 ss.; Adomeit, *Zur Einführung: Rechtswissenschaft und Wahrheitsbegriff*, *ivi*, 1972, pp. 628 ss.

Merece especial atención, aunque sea por la gran influencia ejercida sobre la filosofía analítica de las últimas décadas, el pensamiento de Willard van Orman Quine, quien ha sometido repetidamente a análisis el problema de la verdad. De Quine cf. en particular *The Pursuit of Truth*, Cambridge, Mass.-London, 1990, especialmente pp. 77 s. [tr. cast., *La búsqueda de la verdad*, a cargo de J. Rodríguez Alcázar, Barcelona, 1992, especialmente pp. 119 s.]; la voz *Truth* en *Quiddities: An Intermittently Philosophical Dictionary*, London, 1990, pp. 212 ss.; *Word & Object*, Cambridge, Mass., reed. 1990, pp. 1 ss. [tr. cast., *Palabra y objeto*, a cargo de M. Sacristán, Barcelona, 1968, pp. 15 ss.].

En la literatura italiana, en referencia a la verdad de los hechos en el proceso, v. entre lo más reciente Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, <sup>2</sup>1990, pp. 18 ss. [tr. cast., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, a cargo de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos, R. Cantarero, Madrid, 1995, pp. 45 ss.].

6. Cf. Tarski, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, tr. cast., en *La búsqueda del significado*, ed. por L. Valdés Villanueva, Madrid, 1991, pp. 275-313, para la definición de este concepto, que está seguramente entre las más difundidas en la literatura filosófica actual. Sobre el tema, v., además, Krajewski, *Correspondence Principle and the Growth of Science*, Dordrecht-Boston, 1977; Davidson, *True to Facts*, cit., pp. 38, 45 ss. [tr. cast., *Fiel a los hechos*, cit., pp. 57 s., 64 ss.]; PRICE, *op. cit.*, pp. 32 ss.; Field, *Tarski's Theory of Truth*, en *Reference, Truth and Reality*, ed. por M. Platt, London, 1980, pp. 83 ss.; Goldman, *op. cit.*, pp. 151 ss.; Peczenik, *On Law and Reason*, cit., p. 181; Niiniluoto, *op. cit.*, pp. 122 ss., 136; Popper, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, tr. cast. a cargo de N. Míguéz, Barcelona, 1994, pp. 273 ss.; Id., *Conocimiento objetivo: un enfoque evolucionista*, tr. cast. a cargo de C. Solís Santos, Madrid, 1992, pp. 284 s.; Schmidt, *op. cit.*, p. 205; Eberle, *Zur Rethorik des zivilprozessualen Beweis*, Frankfurt a. M.-Bern-New York-Paris, 1989, pp. 62 s.

ción es relevante no sólo porque representa una versión moderna y metodológicamente correcta de la verdad como correspondencia<sup>7</sup>, sino también porque parece dotada de una mayor generalidad, o de un alcance más fundamental, respecto de las otras teorías de la verdad<sup>8</sup>. Debe observarse que, en realidad, la teoría semántica de la verdad como correspondencia sirve para definir el *concepto de verdad*, mientras que las otras concepciones ofrecen distintos *criterios* posibles para determinar la verdad, útiles en función del contexto en que se plantee el problema de la verdad<sup>9</sup>. Existen, pues, razones filosóficas y epistemológicas de notable importancia a favor de acoger la idea de base de la verdad como correspondencia, aunque (o quizás precisamente por ello) ésta deja abierto el problema de los *métodos* para la determinación de la verdad<sup>10</sup>.

No obstante, hay también razones, en la misma dirección, referidas propiamente al contexto representado por el proceso; éstas dejan, por un lado, abierta la eventualidad de que en otros contextos valgan conceptos distintos de verdad, pero, por otro lado, imponen la identificación de la idea de verdad que mejor se adapte a este contexto<sup>11</sup>.

7. Esto no significa obviamente que la concepción de Tarski esté libre de críticas, incluso radicales. Véase, en efecto, entre los muchos análisis de esta concepción, Putnam, *El significado y las ciencias morales*, tr. cast. a cargo de A. I. Stellino, México, 1991, pp. 40 ss.; Id., *Do true assertions correspond to reality?*, en Id., *Mind, Language and Reality*, New York, 1975, pp. 70 ss.; Goldman, *op. cit.*, pp. 142 ss. Por otra parte, la teoría de la correspondencia de Tarski es la más conocida, pero no la única: una versión distinta, muy interesante, también es, por ejemplo, la de Davidson (del que puede verse, en particular, *True to Facts*, cit., pp. 37 ss. —tr. cast., *Fiel a los hechos*, cit., pp. 57 ss.—, y *A Coherence Theory*, cit., pp. 309 ss.).

8. Es muy significativa al respecto la aproximación de Quine (v. en especial la voz *Truth*, cit., p. 215), quien somete a análisis crítico las concepciones de la verdad como coherencia y como correspondencia, destacando como conclusión que la concepción de Tarski es magistral y, además, *funciona*. Para un amplio examen de la teoría de la verdad como correspondencia, v. también Quine, *The Pursuit of Truth*, cit., pp. 80, 84 ss. [tr. cast., *La búsqueda de la verdad*, cit., pp. 123 s., 129 ss.].

9. Sobre la asimetría de la noción de verdad como correspondencia respecto de las otras nociones de verdad, v., entre lo más reciente, Ferrajoli, *op. cit.*, p. 40 [tr. cast., pp. 65 s.]; Peczenik, *On Law and Reason*, cit., p. 182, y Niiniluoto, *op. cit.*, pp. 137 ss. V. además Ferrajoli, *ivi*, p. 53, nota 30 [tr. cast., p. 77, nota 30], acerca de la diferencia entre la concepción semántica de Tarski y la concepción del realismo ingenuo.

10. Para un análisis crítico de estas razones, v. en especial Villa, *Truth and Acceptability in Legal and Empirical Science*, en *Reason in Law*, Milano, 1988, vol. II, pp. 361 ss.

11. En referencia al contexto representado por el proceso, v., más ampliamente, *supra*, capítulo I, 4.3. En referencia a la afirmación de que la concepción semántica de la verdad como correspondencia es la teoría más adecuada en el contexto del proceso, cf. Ubertis, *La ricerca della verità giudiziale*, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, ed. por G. Ubertis, Milano, 1992, p. 11; de forma análoga, Comanducci, *La motivazione in fatto*, *ivi*, p. 238.

Una de estas razones deriva del presupuesto, difícilmente discutible, de que la administración de la justicia tiene que ver con fenómenos del mundo real<sup>12</sup> (que se puede asumir como existente, con una opción ontológica no muy original) y no con imaginaciones, sueños o novelas<sup>13</sup>. La idea de que se debe ganar o perder una causa sobre la base de la demostración de la efectiva realidad de los hechos (además de la correcta interpretación de las normas) es un lugar común obvio, pero ésta no es una buena razón para considerarla infundada. Más bien, representa un elemento esencial del contexto procesal e introduce la exigencia de que se conjeture en el proceso la posibilidad de una correspondencia entre la determinación judicial de los hechos y los eventos del mundo real a los que la decisión se refiere.

No es fácil imaginar, por otra parte (siempre que nos mantengamos en los modelos de los ordenamientos modernos de tipo occidental), un contexto procesal que abandone toda calificación «de verdad» de la determinación de los hechos o se funde sobre la premisa de que ésta no puede ser más que el fruto exclusivo de irrepetibles e incognoscibles experiencias individuales del sujeto que tiene la función de pronunciar las decisiones<sup>14</sup>. Es más, resulta difícil sostener sensatamente

12. Cf. Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 9, 17, 18 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 37, 44, 45 ss.]; Gianformaggio, *Legal Certainty, Coherence and Consensus: Variations on a Theme by MacCormick*, en *Law, Interpretation and Reality*, cit., pp. 415 ss.

13. La referencia a las novelas no es casual: se alude, en efecto, a la teoría de Dworkin, que afronta el problema de la verdad formulándolo a propósito de *David Copperfield* en lugar de hacerlo a propósito de la determinación judicial de los hechos (v. Id., *¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?*, tr. cast. en *El ámbito de lo jurídico*, ed. por J. J. Moreso y P. Casanovas, Barcelona, 1994, pp. 495 ss.).

Este no es más que uno de los múltiples aspectos de la analogía que Dworkin establece entre la ciencia jurídica y la literatura, sobre la que puede verse, en general, Id., *Law's Empire*, Cambridge, Mass.-London, 1986, pp. 228 ss. [tr. cast., *El imperio de la justicia*, a cargo de C. Ferrari, Barcelona, 1988, pp. 166 ss.], y *How Law is Like Literature*, en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., 1985, pp. 146 ss.; también Jackson, *Semiotics and Legal Theory*, London-New York, 1985, pp. 203 ss., 221 ss., y *Law, Fact and Narrative Coherence*, Merseyside, 1988, pp. 149 ss. Dworkin, por otra parte, habla a menudo de «hechos», pero no se ocupa nunca de su conocimiento sobre la base de las pruebas en sede de decisión. Quizás es esto lo que le permite establecer la analogía entre la novela y la reconstrucción judicial de los hechos, atribuyendo a ésta lo que vale para aquélla sin darse cuenta de que esta analogía no tiene sentido.

14. En esta dirección, en cambio, se mueven los distintos irracionalismos, más o menos explícitos o conscientes, relativos al conocimiento judicial de los hechos, sobre los que puede verse, *supra*, capítulo I, 2.1. El concepto de verdad como correspondencia está, en cambio, vinculado intrínsecamente a la concepción garantista del proceso: cf. Ferrajoli, *op. y loc. ult. cit.*, e Id., *Guarantees and Truth in Criminal Law*, en *Reason in Law*, Milano, 1988, II, pp. 301 ss., y algunos comentarios en Villa, *op. cit.*, p. 361.

que en las narraciones y en los diálogos que se producen en el proceso, y que en cierto sentido lo constituyen, interesan las estructuras del discurso pero no es importante si las narraciones de los hechos, incluidas aquellas realizadas por el juez en la sentencia, tienen o no alguna correspondencia con la realidad<sup>15</sup>. Con toda probabilidad, existen contextos en los que están fundadas aproximaciones metodológicas de este tipo y puede reconocerse que, a veces, producen incluso resultados útiles para el conocimiento de algún aspecto del proceso<sup>16</sup>. El punto que no puede ser admitido, en cambio, es la pretensión de que estas aproximaciones son las únicas sensatas y que, en consecuencia, es insensato plantear el problema de la verdad de los hechos en el proceso y, con mayor razón, plantearlo en términos de la teoría de la correspondencia<sup>17</sup>.

La idea fundamental de la *contextualidad* de la verdad, y por tanto de la irreducible relatividad de ésta al contexto (más propiamente: a los distintos contextos) en que se plantea, no puede ser más que compartida<sup>18</sup>. Pero esta idea relativiza los contextos más que las teorías de

15. En este sentido se pronuncian las tesis sostenidas por las concepciones radicales del narrativismo o de la semiótica aplicada al proceso; al respecto, v. más ampliamente, *supra*, capítulo I. 3, también para indicaciones bibliográficas.

16. Esto es así, por ejemplo, respecto del análisis de las tácticas procesales de los abogados y de las formas en que las técnicas de asunción y de presentación de las pruebas pueden incidir en el resultado del juicio. Es más, éstos son los campos privilegiados de aplicación de las concepciones narrativas o semióticas (v., en efecto, Bennett y Feldman, *Reconstructing Reality in the Courtroom. Justice and Judgment in American Culture*, New Brunswick, 1981, pp. 93 ss., 116 ss., 150 ss., y Binder y Bergman, *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*, St. Paul, Minn., 1984, pp. 40 ss., 58 ss., 162 ss., 211 ss.) y en los límites de estos sectores de investigación esas concepciones producen resultados a veces interesantes. A menudo, sin embargo, las investigaciones dirigidas en clave narrativa no se ocupan específicamente de la valoración de las pruebas y del conocimiento de los hechos por parte de los jueces.

17. Otra aproximación que no puede ser admitida consiste simplemente en sostener que todo aquello que se expresa, en la literatura jurídica, en términos de «determinación», «hecho», «verdad», etcétera, no es otra cosa que *retórica* (cf., en este sentido, Eberle, *op. cit.*, pp. 68 ss., 111 ss., 121 ss. y *passim*). Es verdad que a menudo quien cree ser depositario de la verdad absoluta tiende a considerar como mera retórica las posiciones de los demás, pero se trata de una actitud que no lleva demasiado lejos. Lo demuestra el propio Eberle en el volumen recién citado, ya que emplea sofisticadísimos instrumentos metodológicos, de las teorías de Luhmann a la etnología, para descubrir con mucho esfuerzo muchas cosas que son obvias desde hace tiempo en la teoría jurídica de la prueba (v., por ejemplo, el análisis que se realiza de los concretos medios de prueba, *ivi*, pp. 129 ss.).

18. Cf., por ejemplo, Niiniluoto, *op. cit.*, pp. 141 s.; v. también Ubertis, *op. cit.*, pp. 1 ss.; Villa, *op. cit.*, p. 365, que subraya los aspectos relativistas del concepto de verdad.

la verdad, y admite que se reconozcan contextos distintos con diversas peculiaridades y exigencias. El del proceso es un contexto distinto del propio del solipsismo existencial y del de la literatura, además de muchos otros, incluso si, al ser rico y complejo, puede empujar a algunos a confundirlo o a asimilarlo con contextos distintos y, quizás, más fácilmente analizables.

Tampoco la versión más rigurosa de este tipo de aproximación, que tiende a configurar la verdad como coherencia de una aserción dentro de un contexto narrativo, parece contar con una mayor fundamentación<sup>19</sup>. Como se verá más adelante, la coherencia de la reconstrucción de los hechos puede tener una importancia no despreciable en sede de decisión<sup>20</sup>, pero esto no significa que se deba admitir la reducción integral de la verdad de los hechos a la coherencia narrativa de su descripción. En sus versiones más cuidadosas, la idea de la coherencia está, por otra parte, referida a otros aspectos —sobre todo a los que afectan a la interpretación de las normas— del razonamiento jurídico y judicial<sup>21</sup>; y *en ese terreno* tiene un significado relevante.

19. Vid., *supra*, capítulo I, 3. Para aplicaciones específicas del concepto de *narrative coherence* al proceso, v., en especial, MacCormick, *Coherence in Legal Justification*, en *Theory of Legal Science, Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science*, Lund, Sweden, December 11-14, 1983, ed. por L. Lindahl y B. van Roermund, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1984, pp. 235 ss.; Villa, *op. cit.*, pp. 365 ss.; Jackson, *Law, Fact, cit.*, pp. 18 ss., 37 ss., 61 ss., 155 ss.; Lenoble, *Narrative Coherence and the Limits of the Hermeneutic Paradigm*, en *Interpretation and Reality*, cit., pp. 138 ss.; Bankowski, *The Jury and Reality*, *ivi*, pp. 227 ss.; Id., *The Value of Truth: Fact Skepticism Revisited*, en *Legal Studies* 1, 1981, pp. 257 ss.; Den Boer, *A Linguistic Analysis of Narrative Coherence in the Court Room*, en *Law, Interpretation and Reality*, cit., pp. 346 ss.

Obviamente, corresponde realizar un comentario distinto si nos referimos al concepto de verdad como *coherencia lógica* de una proposición dentro de un contexto sintáctico formalizado, elaborado por Carnap, Neurath y otros componentes del Círculo de Viena (sobre el que puede verse, por ejemplo, Schmidt, *op. cit.*, p. 205). Aquí, en efecto, no se trata de contextos narrativos, sino precisamente de contextos formalizados y con una estructura lógico-sintáctica determinada. Precisamente por ello, *esta* concepción de la verdad no es aplicable al contexto constituido por el proceso.

20. V., *infra*, capítulo IV, 5.

21. Cf. MacCormick, *op. cit.*; Aarnio, Alexy y Peczenik, *The Foundation of Legal Reasoning*; en *Rechtstheorie*, 12, 1981, pp. 133 ss., 245 ss. Villa, *op. cit.*, pp. 361 ss.; Id., *La coerenza narrativa e i presupposti epistemologici della giustificazione*, en *Riv. int. fil. dir.*, 1988, pp. 567 ss. Cf., como análisis críticos, Gianformaggio, *op. cit.*, pp. 402 ss.; Comanducci, *Osservazioni in margine*, en *L'analisi del ragionamento giuridico*, ed. por P. Comanducci y R. Guastini, vol. I, Torino, 1987, pp. 265 ss.; Nerhot, *Interpretation in Legal Science: The Notion of Narrative Coherence*, en *Law, Interpretation and Reality*, cit., p. 204. Debe observarse, además, que más en general el concepto de *coherence* se adapta en especial a teorías, y es en ese nivel donde adquiere un signi-

Lo que parece, en cambio, insostenible es la reducción de la verdad de los hechos a la coherencia contextual de la narración respectiva. Al respecto, es válida la objeción, verdaderamente destructiva, de que narraciones coherentes pueden ser falsas<sup>22</sup> o no tener pretensión alguna de verdad (como sucede con las novelas), de forma que no parece que la coherencia de la narración determine su veracidad<sup>23</sup>. Basta pensar en una declaración testifical coherente pero falsa o en una reconstrucción judicial de los hechos bien motivada bajo el aspecto argumentativo pero no fundamentada en las pruebas, para darse cuenta de que difícilmente se puede aceptar, en el contexto del proceso, la ecuación coherencia = verdad<sup>24</sup>.

ficado analítico apreciable: cf., especialmente, Alexy y Peczenik, *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*, en *Ratio Juris* 3, 1990, pp. 130 ss.

22. Respecto de esta objeción, v., en especial, Peczenik, *On Law and Reason*, cit., p. 161. Cf. también Niiniluoto, *op. cit.*, p. 135 en referencia a las bases filosóficas generales de la doctrina de la coherencia.

23. No escapa a esta objeción ni siquiera la versión más clara y equilibrada de la teoría en cuestión, que es la de MacCormick (*Coherence*, cit., pp. 245 ss.).

Por un lado, ésta tiende a privilegiar la coherencia de las hipótesis sobre el hecho como instrumento de *búsqueda de la verdad*, en el sentido de formulaciones de hipótesis sobre los hechos en la fase investigativa (v. el ejemplo de Sherlock Holmes en la p. 245). Pero nada garantiza que lo que vale en sede de búsqueda de las hipótesis valga como fundamento de su verdad.

Por otro lado, MacCormick configura como coherencia narrativa la eventualidad de que de circunstancias conocidas se extraigan inferencias acerca del hecho que *se quiere conocer* (*ivi*, pp. 246 ss.). Es obvio que esto sucede, de la misma forma que es justo exigir que estas inferencias sean racionales y coherentes, pero no hay en ello nada distinto respecto del esquema inferencial que entra en juego especialmente cuando se trata de valorar pruebas indiciarias. Bajo este aspecto, la coherencia narrativa no es un criterio *distinto* de la verdad: aquélla viene, en efecto, a coincidir sustancialmente con las reglas de valoración de las pruebas convergentes o divergentes (al respecto de éstas, v., *infra*, capítulo IV, 3.2 y 3.3): en este sentido, v. Comanducci, *op. cit.*, p. 274, y en sentido crítico, Jackson, *Law, Fact*, cit., pp. 18 ss. Pero, si es así, entonces la coherencia no es siquiera un criterio autosuficiente, dado que deben estar probados *aliunde* los hechos que fundan las inferencias probatorias (v., precisamente, Comanducci, *ibid.*).

En fin, es poco convincente la demostración de la razón por la que la congruencia narrativa deba tener una fuerza justificativa autónoma de las decisiones acerca de los hechos (MacCormick, *ivi*, pp. 247 ss.), ya que remite de forma bastante oscura a correlaciones racionales con un mundo nouménico ordenado de modo perfectamente inteligible (*ivi*, p. 249). De esa forma, en efecto, la coherencia no es ya intrínseca a la narración, sino que se refiere *también* a la relación entre la narración y el mundo (o un mundo objeto de una presuposición trascendental: v. *ibid.*), mientras que esta relación es precisamente lo que las doctrinas narrativistas pretenden eliminar del concepto de verdad.

24. Ni siquiera parece, como sostiene Villa (*Truth and Acceptability*, cit., pp. 365 y 368), que la coherencia pueda configurarse como una condición *necesaria*, aunque no suficiente, de la verdad. Al menos en el contexto procesal esta afirmación no se sostiene: puede suceder, en efecto, que las pruebas confirmen hechos no coherentes que, sin em-

Tampoco la concepción *consensualista* de la verdad, que se ha hecho popular en los últimos años, en especial debido a Habermas<sup>25</sup> y a los modos imitativos que sus escritos han suscitado, está en realidad en conflicto con la posibilidad de que el proceso se remita a una verdad de los hechos entendida como correspondencia con la realidad empírica. En efecto, no debería olvidarse que (aparte de alguna sospecha de circularidad no irrelevante) Habermas habla de consenso racional, es decir, del consenso que se produce (o debería producirse) sobre la base de criterios considerados racionales en un determinado contexto. De aquí se deriva una indicación importante en el sentido de la relativización de la idea de verdad y de su reconducción hacia la dinámica de la comunicación social; se deriva también, no obstante, que el consenso que constituye la verdad no es la mera adhesión «de hecho» de un auditorio cualquiera a alguna afirmación y tampoco una reacción subjetiva ante una comunicación<sup>26</sup>. Dado que el consenso está referido a criterios racionales, son estos criterios los que devienen determinantes para la identificación de un concepto apropiado de verdad<sup>27</sup>. No obstante, dado que Habermas no los identifica analíticamente, permanece la posibilidad de que aquéllos sean definidos *sobre la base del contexto*<sup>28</sup>, de forma que el discurso vuelve a las consideracio-

bargo, son considerados «verdaderos» en la medida en que así resulta de las pruebas; del mismo modo, puede suceder que los mismos hechos «verdaderos» se puedan leer según historias coherentes distintas o no se puedan presentar bajo ninguna historia coherente; por el contrario, una historia coherente puede ser absolutamente falsa o no estar sostenida por ningún elemento probatorio. Como máximo, podrá decirse, siguiendo una importante indicación de Davidson (*A Coherence Theory*, cit., p. 308), que si una creencia es coherente con un conjunto significativo de creencias, entonces existe en su favor una presunción de verdad. Sin embargo, una cosa es conjeturar esa presunción y otra es decir que una aserción fáctica coherente con otras es por ello verdadera: el mismo Davidson (*ibid.*), por otra parte, excluye claramente que la coherencia garantice por sí sola la verdad de aquello en lo que se cree.

25. Cf., en especial, Habermas, *Discorso e verità*, tr. it. en Id., *Agire comunicativo e logica delle scienze sociali*, Bologna, 1980, pp. 319 ss. Sobre las teorías consensualistas v. también Peczenik, *On Law and Reason*, cit., p. 182; Id., *Coherence, Truth and Rightness*, cit., p. 307; Niiniluoto, *op. cit.*, pp. 136 ss.; Villa, *Truth and Acceptability*, cit., pp. 366 y 368; Schmidt, *op. cit.*, p. 206.

26. V. *op. cit.*, p. 320, acerca de la noción de *consenso fundado*.

27. V. *op. cit.*, pp. 322 ss., acerca del análisis de los esquemas argumentativos idóneos para fundar la verdad de una aserción.

28. V., en efecto, *op. cit.*, p. 326, acerca de la referencia a la «coherencia entre proposiciones dentro de un sistema lingüístico». Más allá de esto, y de la insistencia en hacer referencia al lenguaje y al sistema conceptual usado para formular una aserción y el correspondiente argumento justificativo (v., por ejemplo, p. 325), no se encuentran en Habermas indicaciones particularmente claras acerca de las condiciones que fundamen-



nes realizadas más arriba. Por otra parte, parece que se puede definir racionalmente el consenso que se manifiesta en muchos sistemas sobre criterios de conocimiento de los hechos que se funden sobre la máxima correspondencia posible entre lo que afirma el juez y lo que ha sucedido verdaderamente en el mundo real<sup>29</sup>.

No parece, pues, que existan particulares razones de orden epistemológico general para excluir que la teoría de la verdad como correspondencia pueda ser considerada funcional en el proceso; en cambio, existen buenas razones para sostener que esa teoría está mejor situada que otras, y produce mejores resultados, en el contexto representado por el proceso.

Siendo así, el problema se desplaza y pasa a ser el de los límites y los criterios con los que se puede alcanzar en el proceso un conocimiento que se corresponda con la realidad empírica y que, por tanto, produzca descripciones de esa realidad que se puedan considerar verdaderas.

Al respecto, conviene dejar a un lado rápidamente un problema que es recurrente, explícita o implícitamente, en los discursos que se refieren a la determinación de los hechos en el proceso (y también en las discusiones epistemológicas de orden general). Se trata de la cuestión de si es posible el conocimiento de la verdad absoluta de los hechos o si sobre éstos es posible un estado de certeza total, incontestable, fuera de toda duda.

Podría observarse, al respecto, que sean cuales sean las respuestas que se den en otros campos a una cuestión de ese tipo, desde la lógica hasta las ciencias empíricas, ésta resulta ociosa y no merece siquiera ser planteada en referencia al conocimiento procesal de los hechos. En rea-

tan la racionalidad del consenso. Decir que éste se puede justificar si se encuentra frente «al mejor argumento» (*ivi*, p. 321) o que el fundamento de una aserción se obtiene por inducción y universalización (*ivi*, p. 326), todo ello en el ámbito de un lenguaje o de un sistema conceptual determinado, tiene la fuerza indiscutible de las aserciones obvias, pero no ayuda a establecer cuáles son las condiciones precisas en las que un argumento es «mejor» que otro o en base a las cuales una aserción es racional o irracional.

29. Esta afirmación parece paradójicamente compatible con la orientación de Habermas, aunque presupone un concepto de verdad distinto: en efecto, si verdad significa *warranted assertibility* (v. Habermas, *op. cit.*, p. 320), y si es el contexto lingüístico-conceptual el que determina las condiciones de racionalidad del consenso (v. la nota precedente), es necesario reconocer que pueden existir contextos en los que una aserción es warranted, y es racional el consenso sobre la misma si y sólo si aquella se «corresponde» a los eventos del mundo real. Es evidente que en este punto el argumento se torna circular, pero quizás la circularidad está en la tesis de Habermas; al menos, la generalidad de los términos en los que ésta se expresa parece autorizar *también* la interpretación mencionada.

lidad, podría decirse que el proceso, al no ser una empresa científica o filosófica, no necesita de verdades absolutas, pudiéndose contentar con mucho menos, es decir, con verdades relativas de distintos tipos<sup>30</sup>, pero suficientes para ofrecer una base razonablemente fundada a la decisión. En resumen: incluso si las verdades absolutas fueran posibles en abstracto, no serían necesarias en el proceso, y si aquéllas fueran imposibles, no importaría a los efectos de lo que es necesario conocer en el proceso. Como se podrá ver mejor con el avance del análisis, estas observaciones constituyen el punto de partida correcto para la discusión de las cuestiones referentes a la prueba y a la determinación de los hechos.

Sin embargo, hay algunas razones para realizar ulteriores observaciones sobre el problema de la verdad absoluta antes de dejarlo definitivamente de lado.

La primera razón es que aquélla aparece a menudo en el ámbito de los razonamientos escépticos acerca de la posibilidad de una determinación verdadera de los hechos<sup>31</sup>. El razonamiento, muy similar al del verificacionista desengañado del que habla Popper<sup>32</sup>, es aproximadamente el siguiente: *a*) sería necesario conocer la verdad absoluta de los hechos; *b*) sin embargo, por muchas razones, aquélla es imposible de conocer; *c*) por tanto, el proceso no está en condiciones de proporcionar el conocimiento de ninguna verdad; *d*) y, en consecuencia, la determinación de la verdad no puede situarse entre sus finalidades institucionales. La premisa *a*) está a menudo implícita y por ello es difícil decir si es siempre asumida de forma clara y consciente; sin embargo, está evidentemente presente en la base de los razonamientos que se articulan según los puntos *b*), *c*) y *d*). La cuestión de la verdad absoluta es, por tanto, relevante en el razonamiento escéptico porque está en la base del mismo; además, ella muestra que el escéptico cultiva una noción de la verdad mucho más estricta que las que adoptan usualmente

30. V., *supra*, capítulo I, 4.3.

31. Para un interesante análisis de las distintas formas de escepticismo epistemológico, cf. Goldman, *op. cit.*, pp. 28 ss. Para un cuadro claro e irónico de los distintos «escepticismos procesales», v. Twining, *Some Scepticism about Some Scepticisms*, en Id., *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Oxford, 1990, pp. 92 ss.

32. Cf. Popper, *Conjeturas y refutaciones*, cit., pp. 279, 302 s.; Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 36 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 62 ss.]; Id., *La formazione e l'uso del concetti nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1985, p. 422. Es también análoga la figura del «absolutista desilusionado» de la que habla Hart, *El concepto de derecho*, tr. cast. a cargo de G. Carrió, Buenos Aires, 1992, p. 173; al respecto, v. Twining, *op. cit.*, pp. 96 s., y *supra*, capítulo I, 1.

los no escépticos (para después decir, y con la finalidad de poder hacerlo, que aquélla «no es de este mundo»).

Al respecto, la observación que debe hacerse es que *a*) es infundada<sup>33</sup>, de forma que *b*) resulta verdadera pero obvia y poco relevante, mientras que *c*) y *d*) resultan a su vez infundadas.

*a*) es infundada por la buena razón de que salvo en algunas áreas de la lógica y de la metafísica, el problema de si son posibles verdades absolutas, y si en consecuencia es posible un conocimiento cierto e indiscutible, se resuelve normalmente en sentido negativo. Podría incluso decirse que el problema ha dejado de plantearse seriamente después de que las corrientes más diversas de la epistemología contemporánea hayan mostrado la relatividad esencial del conocimiento en los campos más dispares. *A fortiori*, ese problema no puede ser seriamente planteado en un contexto, por muchas razones limitado y «relativizado», como el del proceso y, en todo caso, no podría tener más que una respuesta negativa<sup>34</sup>. Bajo este punto de vista, algunas, pero no todas, las posiciones escépticas resultan fundadas<sup>35</sup>.

La exclusión de la verdad absoluta del conjunto de los objetivos cognoscitivos concretamente posibles parecería significar la victoria total del escéptico sobre el racionalista, pero es fácil observar que no es así. Por un lado, si una cosa no es posible, no tiene sentido decir que debería ser realizada —en consecuencia, la premisa *a*) no es válida y está dirigida a crear un falso adversario—. Por otro lado, el reconocimiento generalizado de la imposibilidad de obtener verdades absolutas no implica en absoluto el fin de la ciencia, ni el de la epistemología ni el de la costumbre de pensar que, de alguna forma, las cosas y los hechos del mundo material pueden ser racionalmente conocidos<sup>36</sup>. Muy simplemente, se admite la existencia y la racionalidad de conocimientos relativos, de verdades no absolutas; se acaba reconociendo que es-

33. Vale al respecto la mención de Twining, *op. cit.*, p. 98, según la cual el no-escéptico no tiene ninguna necesidad de difíciles opciones ontológicas sobre el mundo y sobre la verdad; en el fondo, bajo un punto de vista pragmático, es suficiente comportarse *como si* éstos existieran (incluso cultivando personalmente eventuales escepticismos metafísicos).

34. Para referencias a la «relativización» del concepto de verdad en distintos sectores, como la historiografía, la sociología y la ciencia, v. Twining, *op. cit.*, pp. 103 ss.; Goldman, *op. cit.*, pp. 142 ss.; Niiniluoto, *op. cit.*, pp. 156 ss., 172 ss., 198 ss.; Villa, *Truth and Acceptability*, cit., p. 365. Acerca de la relativización del concepto de verdad procesal, v., *supra*, capítulo I, 4.3.

35. Cf. Twining, *op. cit.*, p. 102, y el párrafo de Rescher *ivi* citado.

36. Las hipótesis posibles acerca de la irrazonabilidad de la realidad no impiden sostener que sólo con métodos racionales puede hacerse comprensible. En este sentido, cf., con referencia a Weber, Twining, *op. cit.*, p. 127.

tos conocimientos o verdades son precisamente aquellos por los que se preocupa la ciencia, más allá de la experiencia de cualquier otro sector en el que se deba «establecer» o «conocer» algo<sup>37</sup>. El verdadero problema es, pues, definir las condiciones de validez y de aceptabilidad de estos conocimientos, es decir, definir criterios racionales para verdades necesariamente relativas.

Con esto se desvanece el punto *e*) del razonamiento escéptico: la imposibilidad de la verdad absoluta no demuestra de ninguna forma la imposibilidad de *toda* determinación verdadera de los hechos en el proceso. Esto conlleva que se pueda hablar de «verdad de los hechos» o de «certeza» exclusivamente en términos relativos. Sin embargo, resulta claro que es posible la determinación verdadera de los hechos, siempre que se dé al término «verdadera» un significado aceptable bajo el punto de vista epistemológico. Por tanto, se desvanece también el punto *d*): si es posible una determinación verdadera de los hechos, aunque sea en una acepción necesariamente relativa del término, queda por demostrar que ésta no forme parte de los objetivos institucionales del proceso, es decir, que el proceso no deba tender a la consecución de esta determinación<sup>38</sup>. Naturalmente, puede argumentarse en ese sentido, pero las observaciones recién realizadas muestran que sólo se puede hacer en términos de ideologías del proceso y de sus fines, no en términos de teorías de la verdad<sup>39</sup>.

Más allá del ámbito del razonamiento escéptico y de sus correspondientes objeciones, hay otro aspecto bajo cuyo prisma el problema de la verdad absoluta conserva una cierta relevancia, especialmente si se adopta una teoría de la verdad como correspondencia.

En el ámbito de cualquier versión relativista de la verdad, para la que dado un sistema de referencia existen *grados* o medidas de conocimiento, parece inevitable que estos grados se sitúen a lo largo de una escala o una dimensión en la que puedan ser ordenados, distinguidos y comparados.

En un extremo está el desconocimiento y el extremo opuesto puede ser representado por la verdad absoluta; lo que permanece inalterable es que esta última es sólo un punto de referencia teórico, un valor tendencial que no puede ser concretamente realizado, pero que, sin

37. Resulta así evidentemente infundada la posición del «relativismo suicida» del que habla Twining, *op. cit.*, p. 116.

38. Puede verse una muy clara resistencia de la orientación racionalista actualizada y relativista contra los ataques de los distintos escepticismos en Twining, *op. cit.*, pp. 128, 130. Para consideraciones análogas en el plano epistemológico, cf. Goldman, *op. cit.*, pp. 37 ss.

39. Sobre las ideologías del proceso y de sus fines, v., *supra*, capítulo I, 2.2 y 4.2.

embargo, sirve para determinar y para orientar los valores «relativos» concretos. Un grado de conocimiento es un «grado» (y es conocimiento relativo) en la medida que se sitúa en algún punto intermedio entre el desconocimiento y el conocimiento de la verdad absoluta de algo: se determina en positivo en función de la distancia respecto del extremo del desconocimiento y en negativo en función de la distancia respecto del extremo de la verdad absoluta<sup>40</sup>.

En un procedimiento cognoscitivo de cualquier género, la verdad absoluta puede funcionar, precisamente, como absoluto, es decir, como límite al que los conocimientos concretos tienden a aproximarse (teóricamente hasta el infinito, según una función asintótica) aunque no alcanzan nunca a identificarse con él. En otros términos: la verdad como correspondencia absoluta de una descripción con el estado de cosas del mundo real no es alcanzable con procedimientos cognoscitivos concretos, ya que es sólo un valor-límite teórico de la verdad de la descripción<sup>41</sup>. Pueden haber, sin embargo, distintos grados de aproximación al estado teórico de correspondencia absoluta, partiendo de un grado 0 (ninguna correspondencia, lo que equivale a decir que no existen elementos que hagan creíble la aserción o que ésta no es significativa, según el contexto) y aumentando la aproximación a medida que aumentan los elementos de conocimiento a favor de la hipótesis de que la descripción se corresponde con la realidad<sup>42</sup>. La referencia al valor teórico de la correspondencia absoluta, como el otro extremo de la no-correspondencia, es útil para distinguir los grados de aproximación y para establecer cuándo hay incrementos o disminuciones en la aproximación y, también, para determinar el criterio de elección entre varias descripciones del mismo hecho<sup>43</sup>.

40. Sobre esta presentación del problema, v., por ejemplo, Niiniluoto, *op. cit.*, pp. 156 ss., 172 ss., 179 ss.

41. Se trata, en otras palabras, de un «ideal límite» al que, aunque resulte inalcanzable, es posible aproximarse, según la eficaz indicación de Ferrajoli (v. *La formazione e l'uso dei concetti*, cit., p. 412, y *Diritto e ragione*, cit., p. 23 [tr. cast., *Derecho y razón*, cit., p. 50]; en el mismo sentido, Comanducci, *La motivazione in fatto*, cit., p. 238). La concepción de la verdad objetiva o absoluta como «modelo», como «idea regulativa» o «límite ideal» está muy difundida, en especial, en el ámbito de las teorías de la verdad como correspondencia: cf., por ejemplo, Tarski, *op. cit.*, pp. 275 ss.; Popper, *Conjeturas y refutaciones*, cit., pp. 280, 286; Id., *Conocimiento objetivo*, cit., pp. 64 s. y 286 s.; Niiniluoto, en las páginas citadas en la nota precedente.

42. La concepción de la verdad relativa como grado de aproximación es complementaria a la de la verdad absoluta como límite: v., por tanto, las referencias aportadas en la nota precedente y, además, Ferrajoli, *Guarantee and Truth*, cit., pp. 306 ss.; Krajewski, *op. cit.*, pp. 101 ss.

43. Al respecto, v., más ampliamente, *infra*, capítulo IV, 4 y 5.

Este tipo de discurso adquiere un valor especial si está referido a la determinación de los hechos en el proceso. En efecto, por un lado, aquél aporta una confirmación de la idea de que hay distintos grados de correspondencia del juicio de hecho con la realidad empírica de los hechos relevantes, así como de que en esta dirección debe buscarse la definición del objeto y de las modalidades de la determinación de los hechos. Por otro lado, ese discurso introduce un valor teórico de referencia al que deberían tender las aproximaciones que concretamente se realizan en el proceso. Este punto de referencia es la correspondencia absoluta de la determinación de los hechos (es decir, de las proposiciones descriptivas en las que aquélla se expresa) con la realidad empírica de esos hechos, entendidos como eventos del mundo real. El aspecto importante es que de esta forma se asume la realidad concreta como referencia de la determinación judicial de los hechos y como criterio para valorar su corrección y fundamento. Esto es mucho menos banal de cuanto pueda parecer, ya que precisamente implica que la corrección de la determinación se valore en función de su aproximación al valor teórico de su correspondencia absoluta con la realidad (quedando, sin embargo, el problema de establecer en concreto cuándo la determinación es correcta) y *no* en función de otros criterios. Es decir, se asume una medida de valoración de la determinación del hecho (la realidad empírica) que es, en cierta forma, *externa* y está destinada a prevalecer sobre —si no a excluir completamente— los criterios *internos* al proceso, como podrían ser, por ejemplo, la adopción de un modelo procesal indiferente a la verdad de los hechos, el empleo de criterios formales de prueba, la prevalencia de la disponibilidad de las partes o —en el otro extremo— del arbitrio del juez sobre las pruebas, etc.<sup>44</sup>. En resumen, la asunción de la verdad absoluta, como correspondencia total de la determinación de los hechos con la realidad, en la función de valor límite, permite que en el ámbito del proceso se pueda hablar sensatamente de verdad (relativa) de los hechos como aproximación a la realidad, sin caer en los frecuentes círculos viciosos en los que se acaba por llamar «verdadero» a cualquier resultado que se obtenga del modelo procesal que se considera, por otras razones, preferible; o bien —en el otro extremo— se llama no-verdadero a todo aquello que es el resultado de sistemas procesales que, siempre por otras razones, son rechazados.

44. Acerca de la relación entre verdad de los hechos y modelos procesales, v., *supra*, capítulo I, 2.2 y 4.2. Sobre los criterios formales de prueba, v., *infra*, capítulo V, 2.3. Sobre la contradicción entre verdad y arbitrio del juez, v., en especial, Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pp. 13 ss y 43 s. [tr. cast., *Derecho y razón*, cit., pp. 40 ss. y 68 ss.].

Adoptando, en cambio, el límite «externo» que se ha sostenido, resulta posible establecer cuándo un sistema procesal, que se considera bueno por otras razones, no es funcional a los efectos de obtener determinaciones de hecho que parecen aceptables, así como establecer cuándo es eficiente para la determinación de los hechos un sistema procesal que, por otras razones, es criticado<sup>45</sup>.

Sigue siendo cierto, como ya se ha dicho anteriormente, que el problema de la posibilidad de conocer la verdad absoluta no es de por sí relevante para el proceso. Sí lo es, en cambio, la hipótesis teórica de la verdad absoluta como absoluta correspondencia entre el determinación judicial y los hechos del mundo real, ya que ésta sirve para fundamentar conceptualmente una perspectiva en la que el problema de la determinación de los hechos se plantea racionalmente en términos de modalidades y técnicas para obtener la mejor verdad relativa, es decir, la mayor aproximación de la determinación de los hechos a la realidad. Esa hipótesis puede permanecer implícita cuando se analiza el problema de la prueba y del juicio de hecho en el proceso: no obstante, es útil saber que existe y que nos movemos en un contexto que la comprende. De hecho, se puede apelar a esa hipótesis, para usarla como criterio discriminatorio, siempre que se pretendan formular valoraciones y distinciones respecto a la relación entre modelos procesales, sistemas probatorios y tipos de determinación de los hechos en el ámbito de la decisión judicial.

En fin, la referencia a una noción no ambigua de «verdad absoluta» como correspondencia de una descripción con los hechos del mundo real es útil para realizar alguna aclaración terminológica.

Ante todo, resulta posible hablar *tout court* de «verdad» en el sentido de «verdad relativa» (excepto indicación en contrario) sin ulteriores confusiones. Éste, por otra parte, es el único significado sensato que el término «verdad» parece poder asumir en el proceso (y en un buen número de otros campos de experiencia<sup>46</sup>).

Por otra parte, la dicotomía «verdad relativa-verdad absoluta», definida como se ha hecho en términos de la teoría de la correspondencia, permite evitar confusiones con otras cosas que también suceden en el proceso y a las que a veces se les atribuye la etiqueta de «verdad». Me refiero fundamentalmente al fenómeno de las pruebas legales

45. En este sentido, aunque haciendo referencia de forma más general a la concepción racionalista de la verdad, cf. Twining, *op. cit.*, pp. 116, 131.

46. También en el ámbito de la teoría lógica existen, en efecto, concepciones relativistas de la verdad, como aquella que define la verdad de una proposición en términos de la posibilidad de ofrecer una prueba de la misma: cf. Löf, *Truth of a Proposition, Evidence of a Judgement, Validity of a Proof*, en *Synthese* 73, 1987, p. 413.

(y más en general a la regulación normativa de la eficacia de las pruebas). A menudo los juristas usan a este respecto el vocabulario de la verdad y hablan de «verdad formal», «verdad jurídica», etc.<sup>47</sup>. Este uso lingüístico es bastante impropio, pero no debería provocar especiales inconvenientes siempre que se sepa claramente que el problema de la regulación legal de la eficacia de las pruebas no tiene nada que ver con el problema de la verdad en la determinación de los hechos. Es más, la regulación legal de la eficacia de las pruebas está en la antítesis de la determinación de los hechos en términos de verdad, ya que procura típicamente que el juez juzgue los hechos sobre la base de parámetros distintos de aquellos que afectan a la aproximación a la realidad. La «verdad legal», por decirlo así, es «legal» pero no es «verdad»: no es verdad relativa y tampoco —aun menos— absoluta; su eventual incontestabilidad se debe a razones jurídicas y no epistemológicas<sup>48</sup>.

2. *La verosimilitud.*—Un concepto que es a menudo vinculado al de la verdad, para determinar sus eventuales analogías y las posibles distinciones, es el concepto de verosimilitud. Esta vinculación es a menudo analizada en sede epistemológica<sup>49</sup>, pero reviste también una notable importancia en el ámbito de la teoría del proceso, en especial a partir de un famoso ensayo de Calamandrei<sup>50</sup>. El aspecto epistemológico general del problema no puede ser discutido en este lugar, aunque algunos de sus elementos deberán ser tenidos en consideración; en cambio, vale la pena examinar la noción jurídica de verosimilitud para esclarecer si puede tener un significado y, en su caso, cuál sería éste, en el ámbito de una teoría de la determinación judicial de los hechos.

Al respecto, la primera y principal constatación que debe realizarse es que en la doctrina italiana el análisis del concepto de verosimilitud se funda sobre un equívoco, introducido por Calamandrei y que no ha sido eliminado ni siquiera por la doctrina más reciente. El equívoco es

47. Cf., por ejemplo, Ferrajoli, *op. ult. cit.*, p. 17 [tr. cast., p. 44]; Chiarloni, *Proceso civile e verità*, en *Questione giustizia*, 1987, p. 509.

48. V., más ampliamente, sobre el fenómeno de la prueba legal, *infra*, capítulo V, 2.3.

49. Para un amplio examen del problema con abundantes referencias bibliográficas, cf. Niiniluoto, *op. cit.*

50. Cf. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, ahora en Id., *Opere giuridiche*, vol. V, Napoli, 1972, pp. 615 ss. Entre lo más reciente, el pensamiento de Calamandrei ha sido fielmente seguido por Scarselli, *La condanna con riserva*, Milano, 1989, pp. 502 ss. Sobre las relaciones entre verosimilitud y probabilidad, pero sin claras distinciones, v. también algunos comentarios en Patti, *Ripartizione dell'onere, probabilità e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto*, en *Riv. dir. civ.*, 1990, I, pp. 705 ss., 717 s.



terminológico y, *por tanto*, conceptual. El aspecto terminológico consiste en partir del vocablo alemán *Wahrscheinlichkeit* y traducirlo por «verosimilitud»<sup>51</sup>, sin tener en cuenta el hecho de que así se toma en consideración únicamente un área, y ni siquiera la más importante, del significado del término, olvidando otra —claramente la más importante— en la que aquél significa, en cambio, «probabilidad». Más allá del hecho de que de esta forma el recurso a la doctrina alemana resulta escasamente significativo, ya que es un error entender en términos de verosimilitud lo que se afirma acerca de la probabilidad<sup>52</sup>, el equívoco lingüístico lleva a veces a resultados curiosos y casi incomprensibles: algún autor, por ejemplo, llega a hablar de una «verosimilitud subjetiva» distinta de una «verosimilitud objetiva»<sup>53</sup> sin darse cuenta de que de este modo repite la distinción de la teoría alemana, obvia y fundamental en la teoría general de la probabilidad, entre *probabilidad* objetiva y *probabilidad* subjetiva<sup>54</sup>.

La confusión que se produce es, por otra parte, mucho más grave en el plano conceptual, ya que consiste, como es evidente en el ensayo de Calamandrei, en la introducción de una ambigüedad sistemática no resuelta en torno al término «verosimilitud». En efecto, se reconducen al mismo dos significados distintos: *a)* según el primero, verosimilitud se refiere a algo que tiene «la apariencia de ser verdadero», afecta a la alegación del hecho y es una valoración independiente y preliminar respecto al procedimiento probatorio<sup>55</sup>; *b)* en el segundo sentido, verosimilitud equivale a probabilidad, advirtiendo, sin embargo, que en el proceso la verosimilitud-probabilidad se usa como «sustituto de la verdad»<sup>56</sup>.

51. Cf. Calamandrei, *op. cit.*, pp. 615 y 638; en el mismo sentido, Scarselli, *op. cit.*, pp. 504 ss., y Patti, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, en *Le prove nel diritto civile*, administrativo e tributario, ed. por C. Glendi, S. Patti y F. Picozza, Torino, 1986, pp. 53 ss.

52. V. referencias bibliográficas al concepto de probabilidad empleado por la doctrina alemana en el ámbito de la teoría de las pruebas, *infra*, apartado 3.2.

53. Cf. Scarselli, *op. cit.*, p. 515.

54. La distinción es bien conocida, y aparece en casi todas las obras que tratan de la teoría de la probabilidad: v., por ejemplo, Cohen, *An Introduction to the Philosophy of Induction and Probability*, Oxford, 1989, pp. 59 ss.; Goldman, *op. cit.*, pp. 324 ss.; Pizzi, *Teorie della probabilità e teorie della causa*, Bologna, 1983, pp. 31 ss.

55. En ese sentido, precisamente, Calamandrei, *op. cit.*, pp. 621 s.; de forma análoga, Ubertis, *op. cit.*, p. 19.

56. En ese sentido, Calamandrei, *op. cit.*, pp. 616 ss., 629, 632. Al respecto, puede destacarse un ulterior elemento de ambigüedad en el seno de la idea de verosimilitud como probabilidad; unas veces se habla de verosimilitud como un grado bajo de probabilidad y otras como probabilidad de un grado elevado, de forma que equivale, precisamente, a la «verdad judicial».

Es posible que los dos significados identificados estén dentro del uso corriente del término «verosimilitud», pero no es ése el problema principal en este punto. El problema es que esos significados son *distintos* y por tanto no pueden ser usados conjunta y alternativamente, como si no hubiese diferencia entre ellos, en un contexto que tenga pretensiones de ser científicamente aceptable. No se trata, como parece creer Calamandrei<sup>57</sup>, de meros matices psicológicos sustancialmente prescindibles; se trata de *conceptos distintos* que no dejan de serlo por el hecho de que alguna lengua, como la alemana, los designe adoptando el mismo término.

Que se trata de conceptos distintos y que la verosimilitud de una aserción no puede ser reconducida a su probabilidad (o a su verdad aproximada) parece, en efecto, bastante claro en el plano epistemológico y no hay razón para no emplear igual claridad cuando el mismo problema se plantea en el ámbito del análisis de algún fenómeno procesal<sup>58</sup>.

Por una parte, se tiende a definir la verosimilitud de una aserción como su capacidad para representar una cierta realidad, como la aproximación de la representación al objeto representado o como la «cercanía» de la aserción a la realidad de la que se ocupa<sup>59</sup>. Por ejemplo, es verosímil una aserción según la cual la medida de una cosa es L1, cuando en realidad la medida es L2, si la distancia (el descarte) entre L1 y L2 es poco relevante<sup>60</sup>. De forma análoga se puede decir que un cuadro es «verosímil» si se sostiene que representa bastante fielmente un determinado objeto; se puede decir que la descripción de un hecho es verosímil si es correcto suponer que existe un hecho similar al descrito. Por tanto, sustancialmente la verosimilitud indica el grado de capacidad representativa de una descripción respecto a la realidad. Esto presenta evidentemente el problema de la circularidad intrínseca del concepto de verosimilitud, ya que sería necesario conocer la realidad representada para establecer la verosimilitud de la representación, pero si se conoce la realidad deja de ser interesante discutir si la representación es verosímil. Sin entrar aquí en este problema, muy complejo desde el punto de vista epistemológico<sup>61</sup>, se puede de todos modos obser-

57. Cf. *op. cit.*, p. 621.

58. En el fondo, el propio Calamandrei llega a intuirlo, ya que a veces contrapone el juicio de verosimilitud de la alegación a la valoración de su aceptabilidad o probabilidad (v., en efecto, *op. cit.*, pp. 628, 632, 633).

59. Cf., en especial, Niiniluoto, *op. cit.*, pp. 1 ss., 164 ss., 176 ss., 198 ss., con refinadas elaboraciones formales del concepto en cuestión.

60. Cf. Niiniluoto, *op. cit.*, pp. 172 ss.

61. V., ampliamente, Niiniluoto, *op. cit.*, pp. 263 ss., en especial sobre el problema del significado de la verosimilitud en el caso en que la realidad sea desconocida.

var que el juicio de verosimilitud se puede formular sensatamente teniendo, por un lado, una descripción y, por el otro, una hipótesis (a menudo fundada sobre alguna concepción acerca del «orden normal de las cosas»)<sup>62</sup> sobre la eventualidad de que exista una realidad parecida al objeto representado. Desde este punto de vista, la referencia del juicio de verosimilitud puede no ser la realidad, sino una hipótesis que se formula acerca de ésta y que se emplea como parámetro para valorar si una aserción es o no verosímil<sup>63</sup>.

Todo esto, por otra parte, no tiene nada que ver con la veracidad de la aserción ni con su probabilidad, dado que estas calificaciones no se refieren a la relación de «proximidad» o de «representatividad» de una aserción respecto a la realidad, sino a la existencia de razones para sostener que la aserción es verdadera<sup>64</sup>.

Puede suceder, en efecto, que una aserción verosímil no sea en absoluto probable o no sea verdadera del todo: por ello, es necesario distinguir entre *grados de similitud* a lo verdadero y *grados de certeza*<sup>65</sup>. Un cuadro puede ser parecido a la realidad sin que ello implique nada acerca de la existencia real de aquello que representa: esto es, puede ser «realista» sin ser «verídico». Del mismo modo, una aserción (como por ejemplo «En los Alpes existe una montaña de 5.000 metros de altitud») puede ser verosímil (para quien conozca los Alpes y la altitud aproximada del Mont Blanc) pero falsa o, en todo caso, nada probable. El hecho es que las calificaciones de verdad y probabilidad, y sobre todo esta última, que nos interesa aquí especialmente, se refieren a la existencia de elementos que justifiquen la creencia en la veridicidad de la aserción y no a la «similitud a la verdad» de ésta. Si estamos ante una aserción verosímil pero que carece completamente de elementos que justifiquen un juicio racional acerca de su aceptabilidad, la consecuencia es que su probabilidad es = 0; si, en cambio, existen elemen-

62. Sobre este punto, está fundamentada la intuición de Calamandrei, *op. cit.*, pp. 620, 623.

63. Éste es también el límite de las teorías lógicas de la verosimilitud, en las que la verdad es presupuesta pero no definida: v., por ejemplo, Niiniluoto, *op. cit.*, pp. 290 ss.

64. Cf. Niiniluoto, *op. cit.*, p. 162.

65. Cf., en especial, Popper, *Conjeturas y refutaciones*, cit., pp. 285, 288 s., y en el mismo sentido Cohen, *op. cit.*, p. 183; Id., *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977, p. 165; Niiniluoto, *op. cit.*, p. 163. Esta distinción a veces se les escapa incluso a autores que usan aproximaciones muy sofisticadas al problema de la verdad y que, sin embargo, emplean una concepción genérica de verosimilitud (v., por ejemplo, Landowski, *Verité et véridiction en droit*, en *Droit et société*, 1988, pp. 51, 54). A menudo esto depende de la falta de un análisis adecuado del concepto de verosimilitud, que es usado simplemente para indicar todo aquello que no entra en el concepto de verdad.

tos de prueba en su contra, la aserción sigue siendo verosímil pero es falsa (o probablemente falsa).

En cambio, puede suceder que una aserción inverosímil sea verdadera, o al menos probablemente verdadera; esto sucede cuando se adquieren elementos de juicio suficientes para considerar (en un grado más o menos elevado) aceptable aquella afirmación. Este punto ha sido también asumido en la teoría jurídica de la prueba y constituye la razón por la que se excluye que la inverosimilitud del hecho justifique la exclusión preventiva de las pruebas que le afectan: el hecho inverosímil puede resultar verdadero si las pruebas confirman su existencia<sup>66</sup>.

Hay, pues, razones válidas para excluir en línea general que verosimilitud sea sinónimo de probabilidad, lo que implica, también, que verosimilitud no puede ser sinónimo de «baja probabilidad» ni de «alta probabilidad», ni mucho menos de ambas cosas simultáneamente<sup>67</sup>. Pero la verosimilitud no es tampoco el «sustituto procesal» de la verdad como menciona Calamandrei, ya que incluso este «sustituto» está referido a aserciones dotadas, de hecho, de un cierto grado de aceptabilidad, mientras que la verosimilitud prescinde, como ya se ha visto, de los grados de certeza que se atribuyen a las aserciones fácticas. En consecuencia, mucho menos se puede pensar razonablemente en una verosimilitud objetiva distinta de una verosimilitud subjetiva.

El equívoco que se ha mencionado se resuelve, pues, con una operación de clarificación conceptual y de redefinición de los términos del problema.

Por un lado, todo lo que respecta a la verdad o a la probabilidad de una proposición fáctica, es decir, a su grado de fundamentación, de credibilidad y de aceptabilidad sobre la base de los elementos de prueba disponibles en un contexto dado, nada tiene que ver con el concep-

66. Al respecto, cf. Calamandrei, *op. cit.*, p. 626; Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, pp. 79 ss.; acerca de la distinción entre verosimilitud y relevancia, v., entre lo más reciente, Ubertis, *op. cit.*, pp. 20 ss. Obsérvese que existe una diferencia entre la hipótesis del hecho absolutamente *imposible* (en la que es razonable excluir preventivamente la prueba) y la hipótesis del hecho no verosímil. Se está ante la primera cuando la existencia del hecho queda excluida precisamente por leyes naturales o científicas y es, por tanto, indemostrable; se está ante la segunda cuando no se tiene demostración de la existencia o inexistencia del hecho y la hipótesis de que éste sea verificado es simplemente insólita —está en contraste con el *id quod plerumque accidit*— pero demostrable.

67. En sentido contrario, cf. Scarselli, *op. cit.*, pp. 507 ss., 518, quien define la verosimilitud como juicio acerca de la mayor probabilidad de un hecho respecto a otros. En la base de esta definición se sitúa la recepción del equívoco señalado anteriormente en el texto y el mantenimiento sistemático de la confusión conceptual entre probabilidad y verosimilitud. Esta definición es, pues, radicalmente errónea.

to de verosimilitud. Sólo en términos de las teorías de la verdad<sup>68</sup> o de las teorías de la probabilidad<sup>69</sup> se pueden afrontar correctamente los respectivos problemas, ya que sólo estas teorías pueden ofrecer las bases epistemológicas y los modelos racionales necesarios para analizar los fenómenos de la prueba y de la determinación del hecho. En este contexto, el recurso a la idea de verosimilitud es inútil y dañino: es inútil, ya que no es necesario llamar verosimilitud a aquello que se define adecuadamente en términos de verdad/probabilidad; es dañino, ya que el uso incorrecto del concepto de verosimilitud genera confusiones no despreciables.

Por otro lado, «verosimilitud» sirve para designar aquel aspecto de la aserción sobre un hecho en función del cual se puede decir que ésta se corresponde con una hipótesis plausible según el orden «normal» de las cosas, en una situación en la que esa aserción no haya sido sometida todavía a verificación probatoria o demostrativa. En parte, este significado ha sido asumido por Calamandrei al subrayar que la verosimilitud afecta a la alegación del hecho en sí misma considerada y sin ninguna referencia a las pruebas<sup>70</sup>.

La verosimilitud, pues, no expresa conocimientos o grados de conocimiento, ya que éstos son suministrados por los elementos de prueba de la aserción sobre el hecho, mientras que la verosimilitud prescinde de los elementos de prueba y —en el proceso— es relevante en momentos anteriores a la adquisición de las pruebas.

El hecho de que la verosimilitud sea un concepto radicalmente distinto de los de verdad y probabilidad explica fácilmente el problema que preocupaba a Calamandrei, esto es, el hecho de que haya normas que hagan mención al concepto de verosimilitud postulando su autonomía y diversidad respecto a los otros dos conceptos. En realidad, este problema es preocupante sólo si se parte de la confusión que se ha mencionado anteriormente, mientras que si se parte de una idea aceptable de la verosimilitud no se presentan dificultades para explicar normas, como el artículo 2723 y el artículo 2724 n. 1 cod. civ. it. o el artículo 294.2 cod. proc. civ. it., que hacen depender la admisión de los medios de prueba de una valoración preventiva de la verosimilitud del hecho alegado. No hay nada extraño, en realidad, en el hecho de que el legislador procure limitar en alguna medida la admisión de las pruebas en esas hipótesis (obsérvese que se trata en todos los casos de

68. Cf. el apartado anterior.

69. V., *infra*, apartados 3 y 4.

70. V., *supra*, nota 65.

derogaciones de reglas de inadmisibilidad de las pruebas) adoptando al respecto el criterio de la verosimilitud del hecho<sup>71</sup>.

Se suscitan realmente cuestiones complejas cuando se adopta una noción de verosimilitud imprecisa e incorrecta y se extiende indebidamente su campo de aplicación a hipótesis que nada tienen que ver con aquélla. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando Calamandrei adopta una idea de verosimilitud como un bajo e incierto grado de probabilidad del hecho y reconduce a una supuesta noción general y unitaria del juicio de verosimilitud hipótesis como la valoración discrecional prevista por el artículo 2721 cod. civ. it., la notoriedad del hecho, la cognición sumaria del mismo, la sumaria información que se adquiere en algunos procedimientos de la jurisdicción voluntaria o la *semiplena probatio*<sup>72</sup>; lo mismo sucede cuando se reconduce a un juicio de verosimilitud (como baja probabilidad del hecho) la valoración sumaria del fundamento de la excepción a los efectos de la condena condicional<sup>73</sup>.

Al respecto, es posible efectuar, al menos, dos observaciones críticas. La primera es que se trata de situaciones muy distintas entre sí: es difícil, en efecto, reconocer analogías entre la notoriedad del hecho y las sumarias informaciones o entre el artículo 2721 cod. civ. it. y el supuesto de hecho de condena condicional. Parece, pues, *a priori* destinado al fracaso el intento de reunir en una misma categoría unitaria hipótesis que son, desde muchos puntos de vista, tan distintas. Lo que más o menos se produce comúnmente en todas esas hipótesis es que el juez realiza valoraciones discrecionales. Ahora bien, éste no es en absoluto un buen criterio para unificarlas, ya que los tipos de valoración discrecional del juez son numerosos y distintos por objeto y criterio, de modo que de nada sirve tomar algunos de ellos para construir sobre

71. Sobre estas hipótesis, cf. Calamandrei, *op. cit.*, pp. 628, 632. Este autor acoge la *función* del juicio de verosimilitud, pero cae en el equívoco ya señalado cuando dice (*ivi*, p. 632) que ese juicio sirve para admitir las pruebas que presenten *prima facie* «una cierta probabilidad de resultado positivo». Es fácil observar que el criterio de selección no es éste, sino una cierta plausibilidad del hecho alegado según las nociones del sentido común: la verosimilitud hace referencia al hecho en cuanto objeto de alegación o, más propiamente, a la mera alegación del hecho; no tiene nada que ver con la prueba o con su resultado previsto *ex ante*. Al respecto, v. más ampliamente, *infra*, capítulo VI, 3.5.

72. Cf. *op. cit.*, pp. 627, 635. Una confusión dañina análoga puede encontrarse en Scarselli, *op. cit.*, p. 503, donde se consideran equivalentes fenómenos que son, en realidad, distintos, como la prueba *prima facie*, el *fumus boni iuris* y la *semiplena probatio*. Todos estos fenómenos son reconducidos después a una idea equívoca e inaceptable de «verosimilitud».

73. Cf. Scarselli, *op. cit.*, pp. 471 ss.

los mismos una categoría conceptual ficticiamente unitaria; al contrario, una operación de este tipo esconde la especificidad de las distintas valoraciones.

La segunda observación es que, de nuevo, todo esto no tiene nada que ver con el juicio de verosimilitud. Por un lado, no hay razón para reconducir a la verosimilitud otras cosas que la ley denomina de formas distintas porque son, en efecto, distintas. No hay razón alguna para suponer en este terreno un grado particularmente elevado de incoherencia en el lenguaje del legislador, de modo que es lícito suponer que se trata de verosimilitud sólo donde la ley la menciona explícitamente, mientras que se está ante otros fenómenos cuando la ley usa formulaciones distintas. Por otro lado, es también incorrecto el procedimiento definitorio consistente en decir que en la categoría «juicio de verosimilitud» caben los juicios de verosimilitud y *además* también una serie dispar de valoraciones de la naturaleza más variada, escogidas más o menos aleatoriamente entre la serie amplísima de valoraciones discretivas que el juez está llamado a formular. Si después de este procedimiento se quiere obtener una noción de verosimilitud tan vaga y ambigua como para contener las cosas más diversas, esto implica únicamente añadir un elemento de circularidad lógica a un razonamiento que ya es, por otras razones, discutible.

En resumen, es impropio hablar de verosimilitud en todas las ocasiones que la ley usa calificaciones distintas para indicar valoraciones que afectan a cosas muy distintas, desde la naturaleza del contrato a las sumarias informaciones o a la aparente fundamentación de la demanda o de la excepción, pero que no se refieren a la verosimilitud del hecho alegado. En todos estos casos las dificultades definitorias o reconstructivas son la obvia consecuencia del uso indebido de un concepto como el de verosimilitud, que tiene un significado preciso y también un campo de aplicación bastante restringido en el ámbito de la disciplina del proceso.

3. *La probabilidad cuantitativa.*—Se obtiene de las consideraciones precedentes que el problema de la determinación del hecho no tiene que ver con certeza absoluta alguna (si no es como ideal regulativo y tendencial) y consiste, en cambio, en la determinación del grado de fundamentación que puede atribuirse a la hipótesis de la existencia del hecho. La exclusión de la certeza absoluta del conjunto de los objetivos alcanzables por medio del conocimiento empírico y, en especial, en la determinación judicial de los hechos, conlleva que nos situemos en el ámbito de la incertidumbre, es decir, de conocimientos y juicios de los que únicamente se puede decir, en línea de principio, que no

tienen una fundamentación absoluta, completa e indiscutible. Por otra parte, la incertidumbre no es de por sí sinónima de desorden o de irracionalidad<sup>74</sup>; simplemente, suscita problemas de racionalización que se resuelven con métodos probablemente distintos de los que son utilizables en contextos en los que se admite la lógica de la verdad/falsedad en términos absolutos.

Frente a problemas de este género, la reacción más común y difundida consiste en razonar, también a propósito de la determinación judicial del hecho, en términos de probabilidad. Esto es, se dice que esta determinación, si no puede fundamentarse en alguna verdad «absoluta», al menos puede conseguir un sustituto aceptable, constituido por alguna verdad «probable»<sup>75</sup>.

Desafortunadamente, el empleo de los términos «probable», «probabilidad» y parecidos no es en absoluto el idóneo para esclarecer las cosas, y mucho menos para establecer los criterios sobre los que las pruebas hacen aceptable la hipótesis sobre el hecho. Por un lado, la idea de la probabilidad difundida, en especial, entre los juristas tiene una connotación puramente negativa, ya que se tiende a definir como probable aquello que no es falso pero que tampoco es ciertamente verdadero. Sin embargo, puede intuirse que con nociones negativas y muy genéricas como ésta no se puede llegar muy lejos<sup>76</sup>. Por tanto, no se puede esperar que surjan de ellas soluciones para problemas complejos como los que se plantean en la determinación del hecho sobre la base de las pruebas. Además, existen en el ámbito de la psicología experimental elementos suficientes para sostener que el hombre es, de

74. V., *infra*, capítulo IV, 1.

75. V., por ejemplo, Calamandrei, *op. cit.*, p. 616 y, entre lo más reciente, Chiarloni, *op. cit.*, p. 509. Este modo de razonar es recurrente en las diferentes literaturas sobre el tema: cf., por ejemplo, Musielak y Stadler, *Grundfragen des Beweisrechts*, München, 1984, pp. 69 ss.; Eggleston, *Evidence, Proof and Probability*, London, 1983, pp. 10 ss. La misma forma de razonar destaca en la cultura jurídica italiana: v., por ejemplo, Pescatore, *Teoria delle prove civili e criminali*, Torino, 1847, pp. 187 s., 195 s.; Rampoini, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1890, pp. 299 ss. Ésta vendrá después influenciada por la reconstrucción silogística del razonamiento probatorio, en especial en la versión que ofrece de ella Carnelutti (cf. Id., *La prova civile*, Roma, 1947, pp. 73 ss. —tr. cast., *La prueba civil*, a cargo de N. Alcalá-Zamora, Buenos Aires, 1982, pp. 62 ss.—), quien por su parte se expresa en términos de probabilidad-verosimilitud (*ivi*, p. 114 —tr. cast., *ivi*, p. 96—). Sobre estos aspectos, v., en especial, Besso Marcheis, *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, pp. 1126 ss.

76. Éstas se prestan, por otra parte, a equívocos de notable importancia, como el señalado en el apartado precedente.



todas formas, un pésimo «calculador de probabilidades»<sup>77</sup>, lo que es bastante para excluir que se pueda recurrir a las nociones de sentido común que emplean a menudo la idea de probabilidad.

Por otra parte, la situación no resulta más simple, sino mucho más complicada, si se toma en cuenta la teoría científica de la probabilidad. No existe, en efecto, una teoría de la probabilidad que se pueda asumir como una posible y eventual solución para los problemas de la prueba del hecho en juicio: mientras que en el origen de la concepción moderna de la probabilidad en el siglo XVII las concepciones fundamentales eran, al menos, dos, la pascaliana y la baconiana<sup>78</sup>, un estudio reciente identifica siete concepciones<sup>79</sup> y nada garantiza que el elenco sea completo. Una remisión genérica a la probabilidad, aunque sea en versión científica y no en la propia del sentido común, no tiene ningún sentido. Además, no es siquiera practicable un análisis que examine todas las teorías de la probabilidad hoy existentes en los distintos campos para determinar si alguna, y en su caso cuál de ellas, puede ofrecer elementos útiles para el problema aquí considerado<sup>80</sup>. Este análisis tampoco es necesario, en realidad, ya que la idea de aplicar alguna noción de probabilidad a la determinación judicial del hecho no es nueva en

77. Al respecto, es fundamental y amplio el análisis de Nisbett y Ross, *Human Inference: Strategies and Shortcomings of Social Judgment*, New Jersey, 1980, pp. 28 ss., 43 ss., 65 ss., 90 ss., 139 ss. Cf. también Rumiati, *Giudizio e decisione. Teorie e applicazioni della psicologia della decisione*, Bologna, 1990, pp. 18, 53 ss.

78. Cf. la amplia exposición de Hacking, *El surgimiento de la probabilidad. Un estudio filosófico de las ideas tempranas acerca de la probabilidad, la inducción y la inferencia estadística*, Barcelona, 1995, pp. 24 ss., 35 ss. y *passim*, además de Eggleston, *op. cit.*, pp. 8 ss. La distinción entre probabilidad «pascaliana» y «baconiana» se debe principalmente a Jonathan Cohen (cf. *The probable*, cit., pp. 5 ss., 144 ss., y *An Introduction*, cit., pp. 4 ss., 14 ss., 40 ss., 145 ss.) y se ha convertido en un lugar común en la literatura sobre el tema.

79. Cf. Kaye, *Introduction. What is Bayesianism?*, en *Probability and Inference in the Law of Evidence. The Uses and its Limits of Bayesianism*, ed. por P. Tillers y E. D. Green, Dordrecht-Boston-London, 1988, pp. 3 ss. (este volumen recoge de forma casi exhaustiva las actas de un seminario sobre el tema; una versión completa de las mismas se puede encontrar en *Boston Un. L. Rev.* 66, 1986, n.º 3 y 4, pp. 377 ss.). Para otras clasificaciones de los conceptos de probabilidad, v., por ejemplo, Schafer, *The Construction of Probability Arguments*, *ivi*, p. 187; Tillers, *Mapping Inferential Domains*, *ivi*, pp. 278 ss.; Schum, *Probability and the Processes of Discovery, Proof and Choice*, *ivi*, pp. 213 ss., 264 ss.; Cohen, *An Introduction*, cit., pp. 47 ss., 81 ss.; Goldman, *op. cit.*, pp. 305 ss.; Koch y Rüssman, *Juristische Begründungslehre: Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München, 1982, pp. 289 ss.

80. Para intentos de este tipo, v., por ejemplo, el texto de Schum citado en la nota anterior. V. también N. B. Cohen, *Confidence in Probability: Burdens of Persuasion in a World of Imperfect Knowledge*, en *New York Un. L. Rev.* 60, 1985, pp. 386 ss.

absoluto<sup>81</sup>; es más, se puede pensar que todas las posibilidades ofrecidas por las actuales teorías de la probabilidad han sido más o menos ampliamente exploradas, de forma que un balance aceptable de las relaciones entre probabilidad y el juicio sobre el hecho puede provenir del examen de los principales ejemplos de aplicación de las teorías de la probabilidad al problema de la prueba.

3.1. *El teorema de Bayes y sus aplicaciones.*—Una concepción muy importante de la probabilidad, a la que a menudo se recurre para explicar los problemas relativos a las pruebas, es la concepción *cuantitativa*, según la cual la probabilidad es la *medida* de la incertidumbre de un fenómeno del que no se puede predicar la falsedad (o inexistencia) ni la verdad absoluta (o existencia).

Existen dos versiones principales de esas concepciones. Según la versión que se suele definir como *objetiva*, la probabilidad indica una característica de los fenómenos del mundo real<sup>82</sup>. En especial, indica la frecuencia con la que un cierto hecho se verifica dentro de una clase o serie de fenómenos: se trata de la probabilidad estadística que —como se verá— puede tener alguna aplicación judicial, pero no parece poder ofrecer por sí misma un modelo general apreciable de razonamiento probatorio<sup>83</sup>.

La segunda versión se define como *subjetiva* porque pretende racionalizar el convencimiento acerca de la eventualidad de que un determinado evento se verifique o se haya verificado<sup>84</sup>. En esta versión el valor cuantitativo de la probabilidad representa la *medida del convencimiento* racional acerca de ese evento, o bien el grado en el que es racional sostener que es verdadera la proposición que lo afirma<sup>85</sup>; éste

81. V., en efecto, Hacking, *op. cit.*, pp. 25 ss., 104 ss., con especial referencia a Leibniz; también Dessì, *L'ordine e il caso. Discussioni epistemologiche e logiche sulla probabilità da Laplace a Peirce*, Bologna, 1989, pp. 31, 45, 138, con referencia a Condorcet y a Poisson. También Bernoulli y Boole intentaron usar teorías probabilísticas aplicándolas al problema de la prueba: cf. N. B. Cohen, *op. cit.*, p. 386. V. además, *supra*, n. 75.

82. Sobre el concepto de probabilidad objetiva, cf. Goldman, *op. cit.*, pp. 312 ss.; Schafer, *op. cit.*, p. 187; Callen, *Notes on A Grand Illusion: Some Limits on the Use of Bayesian Theory in Evidence Law*, en *Ind. L. J.* 57, 1982, p. 3.

83. V., *infra*, apartado 3.3.

84. Sobre la equiparación, en el ámbito de la probabilidad subjetiva, entre probabilidad de eventos futuros y probabilidad de eventos pasados desconocidos, cf. Eggleston, *op. cit.*, pp. 10, 26, 31.

85. Sobre el concepto de probabilidad subjetiva, cf. Goldman, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*; Schafer, *op. cit.*, *loc. cit.*; Callen, *op. cit.*, pp. 3 ss., 8 ss.; J. Cohen, *An Introduction*, cit., pp. 59 ss.

se determina mediante un cálculo que comprende tanto el grado subjetivo de adhesión a una hipótesis como el grado de aceptabilidad que ésta adquiere sobre la base de la frecuencia relativa de los eventos de la clase en la que se incluye el hecho a conocer<sup>86</sup>.

Definida así la probabilidad, se intuye que esta noción haya parecido utilizable como modelo para representar la situación del juez frente a la prueba del hecho y para resolver sus respectivos problemas en términos de cálculo de probabilidad. Esto es lo que ha ocurrido, sobre todo, en los Estados Unidos, sobre la base de la versión subjetiva de la probabilidad cuantitativa que desemboca en el teorema de Bayes\* y en sus múltiples desarrollos. Después de algunos estudios iniciales muy importantes aparecidos en los años setenta<sup>87</sup>, la teoría bayesiana apli-

86. Sobre estos aspectos de la probabilidad subjetiva, v., en especial, Goldman, *ibid.*; N. B. Cohen, *op. cit.*, p. 391; Callen, *op. cit.*, pp. 5 ss.; Kaye, *op. cit.*, pp. 6 ss. Para cuantificar la adhesión subjetiva a una hipótesis se recurre habitualmente al cálculo matemático de la «disponibilidad a apostar» sobre la verificación de esa hipótesis en un contexto de frecuencias determinado: cf. Callen, *ibid.*; Schafer, *op. cit.*, p. 194.

$$* \quad P(H/E) = \frac{P(E/H)P(H)}{P(E/H)P(H) + P(E/\neg H)P(\neg H)}$$

El teorema puede leerse como: la probabilidad de que suceda el hecho H, dado que se da el hecho E, es igual a la probabilidad de que suceda el hecho E dado H por la probabilidad de que suceda H, dividido por la probabilidad de que suceda E dado H por la probabilidad de H, más la probabilidad de que suceda E dado no H por la probabilidad de no H. [N. del T.]

87. Cf., en especial, Lempert, *Modeling Relevance*, en *Mich. L. Rev.* 75, 1977, pp. 1021 ss.; Broun y Kelly, *Playing the Percentages and the Law of Evidence*, en *Ill. L. Rev.*, 1970, pp. 23 ss.; Kornstein, *A Bayesian Model of Harmless Error*, en *J. Leg. St.* 5, 1976, pp. 121 ss.; Finkelstein y Fairley, *A Bayesian Approach to Identification Evidence*, en *Harv. L. Rev.* 83, 1970, pp. 484 ss.; Dawson, *Probability and Prejudice in Establishing Statistical Inference*, en *Jurim. J.* 13, 1972, pp. 191 ss.; Gerjnoj, *The Relevance of Probability Theory to Problems of Relevance*, *ivi*, 18, 1977, pp. 1 ss. Una síntesis eficaz de la teoría bayesiana se encuentra también en Tribe, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, en *Harv. L. Rev.* 84, 1971, pp. 1351 ss. La teoría bayesiana ha tenido también aplicación en sectores distintos al de la prueba: cf., por ejemplo, Kaye, *The Laws of Probability and the Law of the Land*, en *Un. Chi. L. Rev.* 47, 1979, pp. 34 ss.; Suppes, *The Concept of Obligation in the Context of Decision Theory*, en *Sciences, Decision and Values*, Dordrecht, 1973, pp. 1 ss. Por otro lado, ha tenido también una considerable influencia sobre los análisis psicológicos de los mecanismos decisorios: v., en especial, Rumiati, *op. cit.*, pp. 43 ss.

La «moda bayesiana» no nace de la nada; es la consecuencia directa de intentos anteriores de aplicar los modelos de cálculo de la probabilidad matemática a los problemas de la prueba: v., por ejemplo, Ball, *The Moment of truth: Probability Theory and Standards of Proof*, en *Vand. L. Rev.* 14, 1961, pp. 807 ss.; Cowan, *Decision Theory in Law, Science and Technology*, en *Rutg. L. Rev.*, 1966, pp. 499 ss.; Kaplan, *Decision Theory and the Factfinding Process*, en *Stanf. L. Rev.* 20, 1968, pp. 1065 ss.; James, *Relevancy, Probability and the Law*, en *Calif. L. Rev.* 29, 1941, pp. 689 ss.

cada a la valoración de las pruebas y a la determinación de los hechos se ha convertido en la base para una suerte de ortodoxia teórica<sup>88</sup>, según la cual ser «bayesiano» significa ser *up to date* y estar en posesión de una teoría no sólo «verdadera» sino capaz de resolver casi todos los problemas de valoración de la prueba. Obviamente, esto no significa que todos los que se ocupan de estos problemas sean necesariamente adeptos a esta ortodoxia, ya que tampoco faltan —como se verá— críticas y disensiones incluso radicales. La doctrina bayesiana ha adquirido, sin embargo, una notable influencia, de forma que es frecuente encontrarla expuesta en los manuales de *Law of evidence*<sup>89</sup> y son muy frecuentes los escritos en materia de pruebas que resuelven el problema de la respectiva valoración por medio de alguna aplicación del teorema de Bayes o bien remitiéndose a él<sup>90</sup>.

La teoría bayesiana no es, en realidad, una doctrina de la prueba; es un método de cálculo sobre la base del cual, frente a la necesidad de valorar la aceptabilidad de la hipótesis sobre el hecho X, se establece la probable frecuencia de X dentro de una clase determinada de eventos, teniendo en cuenta la distribución precedente de los X en esa clase<sup>91</sup>. El teorema de Bayes permite atribuir a esa frecuencia probable un valor numérico fraccionario comprendido entre 0 y 1: este valor representa el grado de convencimiento racional sobre X. Lo que parece haber re-

88. Cf. Edwards, *Summing Up: The Society of Bayesian Trial Lawyers*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 337 ss.

89. Cf. Lempert y Saltzburg, *A Modern Approach to Evidence*, St. Paul, Minn., 1977, pp. 148 ss., para una aplicación del teorema de Bayes al problema de la relevancia de las pruebas. Una amplia exposición de ese teorema y de sus aplicaciones en el ámbito probatorio, con especial referencia al problema de la relevancia, puede verse en Tillers, en Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. I, rev. por P. Tillers, Boston-Toronto, 1983, pp. 1011 ss., 1046 ss.

90. Entre los escritos más recientes, cf. Shaviro, *Statistical Probability, Evidence and the Appearance of Justice*, en *Harv. L. Rev.* 103, 1989, pp. 530 ss.; Koehler y Shaviro, *Veridical Verdicts: Increasing Verdict Accuracy Through the Use of Overtly Probabilistic Evidence and Methods*, en *Corn. L. Rev.* 75, 1990, pp. 247 ss.; *The New Evidence Scholarship: Analysing the Process of Proof*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 61 ss.; Kaye, *Introduction*, cit., pp. 8 ss.; Schum y Martin, *Formal and Empirical Research on Cascaded Inference in Jurisprudence*, en *Law & Soc. Rev.* 17, 1982, pp. 145 ss.; Martin, *A Comment in Defense of Reverend Bayes*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 169 ss.; Edwards, *Insensitivity, Commitment, Belief, and Other Bayesian Virtues, or, Who Put the Snake in the Warlord's Bed?*, *ivi*, pp. 271 ss.; Feinberg y Schervish, *The Relevance of Bayesian Inference for the Presentation of Evidence and for Legal Decisionmaking*, en *Boston Un. L. Rev.* 66, 1986, pp. 771 ss.; Friedman, *A Close Look at Probative Value*, *ivi*, pp. 733 ss.; Id., *A Diagrammatic Approach to Evidence*, *ivi*, pp. 585 ss.; Eggleston, *op. cit.*, pp. 31 ss., 232 ss.

91. Cf. Kaye, *Introduction*, cit., p. 6. Para la aplicación del teorema a la «revisión de las opiniones», cf. Rumiati, *op. cit.*, pp. 43 ss.

presentado el elemento más atractivo de la doctrina bayesiana es precisamente el hecho de que el teorema produce valores cuantitativos exactamente determinados sobre la base de un cálculo matemático. A partir de aquí, no es necesario mucho más para pensar que se tiene al alcance de la mano la solución del problema fundamental, es decir, del problema de la determinación precisa del grado de probabilidad que puede ser asignado racionalmente a la hipótesis del hecho. Es más, se trata de una determinación *numérica*, usualmente expresada mediante un 0 seguido de dos decimales, lo que hace confrontables y conmensurables los valores de probabilidad que corresponden a las distintas hipótesis. La elección entre estas hipótesis se reduce, pues, a la confrontación entre valores numéricos; y también la aplicación de criterios jurídicos de decisión sobre el hecho, como la superación del *reasonable doubt* o la *preponderance of evidence*<sup>92</sup>, resulta fácil una vez que esos criterios se traducen en parámetros numéricos con los que se confrontan los valores producidos por el cálculo bayesiano en cada caso concreto<sup>93</sup>.

Este cálculo ha sido aplicado y desarrollado en algunas de las situaciones probatorias típicas: además de al caso-base de la prueba directa de un hecho, al problema de la relevancia y sobre todo a la hipótesis de la prueba que requiere *cascaded inferences*<sup>94</sup>. Esto ha llevado a constatar que la aplicación del teorema de Bayes implica un cálculo matemático relativamente simple en la hipótesis de base en la que una prueba se dirige directamente al hecho<sup>95</sup>; la complicación del cálculo y el formalismo matemático necesario para dominarlo aumentan, en cambio, en una medida impresionante (al menos para quien no posea una formación específica en el campo del cálculo matemático de la probabilidad) cuando se usa para resolver situaciones más complejas, como la de la *cascaded inference* o la de la pluralidad de elementos de prueba relativos a la misma hipótesis sobre el hecho<sup>96</sup>.

92. Para un análisis de los dos criterios desde la perspectiva probabilística, cf. Eggleston, *op. cit.*, pp. 114 ss., 128 ss.

93. Cf., por ejemplo, Kaye, *Do We Need a Calculus of Weight to Understand Proof Beyond a Reasonable Doubt?*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 129 ss.; Id., *The Limits of the Preponderance of Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation*, en *Am. Bar. Found. Res. J.*, 1982, pp. 487 ss. La discusión de los dos temas está presente, por otra parte, en la mayor parte de los ensayos dedicados a las aplicaciones de la doctrina bayesiana y a sus respectivas críticas, de forma que pueden verse al respecto también las referencias contenidas en las notas precedentes.

94. Cf., en especial, Lempert, *Modeling Relevance*, cit.; Schum-Martin, *op. cit.*, pp. 105 ss.; Eggleston, *op. cit.*, pp. 232 ss.; Tillers, en Wigmore, *op. cit.*, pp. 1034 ss.

95. V., por ejemplo, la exposición del teorema de Bayes en Lempert, *op. ult. cit.*, pp. 1022 ss.

96. V., por ejemplo, los cálculos reproducidos en Schum y Martin, *op. cit.*, pp. 145

El uso excesivo del formalismo matemático ha suscitado reacciones y polémicas en las que se ha sostenido que ello sitúa la determinación de los hechos en una dimensión incontrolable al estar demasiado alejada del sentido común<sup>97</sup>. Se trata, por otra parte, de una crítica discutible, ya que parece presuponer que el sentido común posee los instrumentos y las reglas necesarios para una valoración racional de las pruebas y del fundamento de las hipótesis sobre el hecho; en cambio, es fácil mostrar que esto no es en absoluto verdadero y que son numerosos los factores «de sentido común» que distorsionan la correcta percepción o representación de un hecho o el modo correcto de formular inferencias de un hecho a otro<sup>98</sup>.

Esto no demuestra, sin embargo, que la doctrina bayesiana no tenga límites. Por un lado, la excesiva complicación matemática que parece necesaria, cuando se pasa de la situación más simple a las más complejas, acaba por hacer depender el resultado final del cálculo mucho más de las exigencias técnicas intrínsecas al método de cálculo adoptado que de las peculiaridades del problema concreto que se quiere resolver. Cuánto más complejo es el cálculo, más necesario resulta insertar asunciones, convenciones y reglas: incluso asumiendo que éstas sean necesarias y estén fundadas desde el punto de vista matemático, no es seguro que sean aceptables en la situación concreta a la que se aplica el cálculo<sup>99</sup>. Se presenta, entonces, el riesgo de que el resultado del cálculo tenga un valor puramente formal y no represente en realidad la medida de nada<sup>100</sup>. Por otro lado, la extrema complejidad del cálculo en hipótesis moderadamente complejas produce dudas acerca de la posibilidad de que el método bayesiano sea aplicable con utilidad a

ss., o el ejemplo desarrollado por Callen, *op. cit.*, pp. 12 ss. V. también Eggleston, *op. cit.*, pp. 37 ss.

97. Cf. Tribe, *op. cit.*, pp. 1375 ss.; Tillers, *op. ult. cit.*, I, pp. 1012 ss., 1061 ss.

98. Cf. Nisbett y Ross, *op. cit.*, *loc. cit.*

99. Al respecto, v. Brilmayer, *Second-order Evidence and Bayesian Logic*, en *Probability and Inference*, cit., p. 164; Tillers, *op. ult. cit.*, I, pp. 1062 ss., 1070. V. Rumiati, *op. cit.*, pp. 45, 53 ss., 64, 68, en el sentido de que el cálculo bayesiano no es una buena representación de los procedimientos decisorios reales.

100. Puede, en efecto, suceder que el cálculo no esté correctamente planteado para reflejar exactamente la peculiaridad del caso concreto, o bien que quien formule el juicio (el jurado, pero el mismo discurso vale también para el juez) caiga en un error y aplique de forma incorrecta los resultados de un cálculo del que no es capaz de controlar sus modalidades y del que no entiende exactamente su significado. Consideraciones como éstas representan el núcleo de las críticas de Tribe, *op. cit.*, pp. 1329 ss., a las que replicaron Finkelstein y Fairley, *A Comment on «Trial by Mathematics»*, en *Harv. L. Rev.* 84, 1971, p. 1801. Esas críticas fueron reafirmadas por Tribe, *A Further Critique on Mathematical Proof*, *ivi*, p. 1810.

*todas* las situaciones probatorias<sup>101</sup>. Hasta ahora esta posibilidad no ha sido probada (y es, por tanto, objeto de un acto de fe por parte de quien sostiene la validez general del método bayesiano) y, por el momento, sólo algunas aplicaciones son seguramente posibles<sup>102</sup>.

Observaciones como éstas identifican sólo algunos límites «exter- nos» —por decirlo así— de la doctrina bayesiana, de forma que dentro de esos límites podría considerarse válida, aunque no sea capaz de resolver todos los problemas<sup>103</sup>.

En los últimos años esta teoría ha sido objeto de críticas mucho más radicales, que ponen en discusión su fundamento, es decir, el principio de la aplicabilidad del teorema de Bayes al problema de la prueba judicial de los hechos. En efecto, estas críticas no ponen siempre en discusión ese teorema o los principios referentes al cálculo de la probabilidad cuantitativa, sino su idoneidad para constituir racionalizaciones válidas del problema de la valoración de las pruebas y, por tanto, para ofrecer respuestas válidas en las distintas situaciones en las que este problema se presenta<sup>104</sup>.

Un primer orden de observaciones se refiere al hecho de que el teorema de Bayes, si se entiende correctamente, no es idóneo para cuantificar la aceptabilidad de la hipótesis fáctica sobre la base de los elementos de prueba que se refieren a la misma<sup>105</sup>. Ese teorema expli-

101. V., por ejemplo, Callen, *op. cit.*, p. 39; J. Cohen, *The Role of Evidential Weight in Criminal Proof*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 117 ss.; Schafer, *op. cit.*, p. 195.

102. Cf. Schum, *op. cit.*, pp. 249 ss.; Eggleston, *op. cit.*, pp. 159 ss.

103. En ese sentido, Eggleston, *op. cit.*, pp. 159 ss. La ambigüedad del estatus de la doctrina bayesiana es, sin embargo, un elemento de perplejidad: una veces, en efecto, ésta es presentada como un esquema heurístico, otras, como un modelo prescriptivo. Cf. Callen, *op. cit.*, p. 2; Lempert, *The New Evidence Scholarship*, cit., pp. 62 ss.

104. La crítica de conjunto más radical a la aplicación de las doctrinas bayesianas al problema de la prueba es la desarrollada por J. Cohen en el volumen *The Probable and the Provable*, cit., en tanto que otras críticas son más específicas y, quizás, menos radicales (v. referencias en las notas siguientes). No faltan tampoco objeciones de orden metodológico general: así, por ejemplo, Brilmayer, *op. cit.*, p. 148, observa que la teoría bayesiana se funda sobre una lógica que desde hace tiempo se considera inadecuada, mientras que Schafer, *A Mathematical Theory of Evidence*, Princeton-London, 1976, pp. 19 ss., 44 s., 201 ss. y *passim*, subraya varios aspectos problemáticos de la teoría, en especial bajo el aspecto matemático.

105. En este sentido, cf., por ejemplo, Callen, *op. cit.*, pp. 9 s., 20 ss., 38 s.; Brilmayer, *op. cit.*, pp. 150 ss., 156 ss. Se trata, en realidad, de la versión específica de una objeción que habitualmente se formula en términos más generales contra la derivación directa de elementos probatorios a partir de frecuencias estadísticas. Se observa, en efecto, que la frecuencia estadística nos dice cuántas veces se verifica un hecho a lo largo de un largo período dentro de un determinado conjunto, y puede ofrecer elementos de probabilidad de la aserción acerca de la frecuencia relativa de ese hecho, pero no dice

ca, en efecto, cómo combinar dos ingredientes: la distribución precedente de un cierto fenómeno en una determinada clase (la denominada *prior probability* o *base rate information*) y algo denominado «función de probabilidad», para llegar a determinar la probable densidad o frecuencia de un evento dentro de una muestra determinada<sup>106</sup>. Resulta entonces evidente que ese teorema pretende calcular la probabilidad estadística de un evento dentro de un cierto campo de fenómenos, pero no dice nada acerca del caso concreto: en especial, no toma en cuenta la base probatoria específica del razonamiento que se refiere, en el caso particular, a la hipótesis sobre el hecho. En efecto, no toma en consideración la posibilidad de pruebas que contradigan la *prior probability* y tampoco de fenómenos esenciales para valorar la fundamentación de esa hipótesis, como por ejemplo la amplitud y la naturaleza del material probatorio, la falsedad de las pruebas o la superveniencia de otros elementos de prueba<sup>107</sup>.

Objeciones como éstas parecen ya suficientes para desacreditar desde la base la aplicación del teorema de Bayes al problema de las pruebas, pero vale la pena recordar que también se han formulado otras críticas, de distinto alcance e importancia.

Entre éstas tiene una importancia notable la referida a la base del cálculo bayesiano, es decir, a las *prior probabilities* que fundan el valor de probabilidad final. Se trata, como ya se ha mencionado, de datos referentes a la frecuencia de un determinado fenómeno independiente y anterior respecto del hecho específico que se considera (por ejemplo: sobre 100 taxis existentes en una ciudad, 80 son amarillos y 20 son azules) y que son esenciales para calcular la probabilidad de un evento (que el taxi *X* sea amarillo)<sup>108</sup>. Ahora, la dificultad fundamental deriva del hecho de que en muchos casos no existen en el proceso las *prior*

nada —en el caso particular— acerca de la probabilidad de que un evento concreto se produzca o se haya producido: cf. especialmente Cohen, *An Introduction*, cit., pp. 47 ss.; Id., *The Probable*, cit., pp. 83 ss.; Kaye, *Naked Statistical Inference*, en *Yale L. J.* 89, 1980, p. 603; N. B. Cohen, *op. cit.*, p. 391, y, ampliamente, Tribe, *Trial by Mathematics*, cit., pp. 1332 ss., 1338 ss., 1349 s.

106. Cf. Kaye, *Introduction*, cit., p. 6; Rumiati, *op. cit.*, pp. 32 ss.

107. Cf., en especial, Brilmayer, *op. cit.*, pp. 156 ss., 160 ss.; en sentido análogo, Schafer, *The Construction*, cit., pp. 191 ss.; Callen, *op. cit.*, pp. 15 ss.; Tribe, *op. ult. cit.*, p. 1369. V. además Schafer, *A Mathematical Analysis*, cit., p. 21, para la observación según la cual la teoría bayesiana separa completamente el cálculo de la probabilidad subjetiva de las pruebas que sostienen el convencimiento.

108. Cf. Lempert, *Modeling Relevance*, cit., pp. 1022 ss., 1044 ss.; v. además Finkelstein y Fairley, *op. cit.*; Finkelstein, *Quantitative Methods in Law. Studies in the Application of Mathematical Probability and Statistics to Legal Problems*, New York-London, 1978, pp. 93 ss.



*probabilities*, es decir, no están disponibles las *base rate informations* relativas a la frecuencia general de los fenómenos del mismo tipo que aquel que es necesario conocer<sup>109</sup>. Éste es un problema del que los seguidores de la doctrina bayesiana no se ocupan, ya que desarrollan sus cálculos tomando en consideración casos en los que existen esas informaciones o casos ficticios en los que las *prior probabilities* son asumidas como hipótesis. Está claro, en cambio, que en la realidad éstas no pueden ser inventadas y habitualmente no existen datos aceptables al respecto<sup>110</sup>; esto lleva a sostener que el teorema de Bayes es en realidad únicamente aplicable —más allá de los ejercicios académicos— a los pocos casos en los que las *prior probabilities* son determinables. Pero, evidentemente, esto equivale a decir que ese teorema no es capaz de fundamentar una teoría general de la valoración de las pruebas; es más, tiene una utilidad absolutamente marginal<sup>111</sup>. A este respecto, vale la pena observar que la inexistencia de informaciones precisas está a menudo «encubierta» por proporciones o porcentajes no verificados, que se usan como forma de expresar tendencias no cuantificadas ni cuantificables o meras generalizaciones de sentido común, o para expresar la intensidad de creencias subjetivas (por ejemplo: el 90% de los testigos que se ruborizan, mienten; pienso que hay un 80% de probabilidades de que mañana llueva). Está claro que proporciones y porcentajes de este tipo no son las *prior probabilities* que necesita el teorema de Bayes, dado que están —al menos en su determinación cuantitativa— absolutamente infundadas y obviamente no tiene sentido fundar un cálculo sobre premisas no fundadas<sup>112</sup>. En efecto, existen numerosos elementos que inducen al sentido común a formular estimaciones estadísticas o proporciones cuantitativas completamente erróneas, como resulta claro en los estudios de psicología cognitiva<sup>113</sup>. Las

109. Cf., en especial, Tribe, *op. cit.*, pp. 1358 ss.; Schum, *Beating and Boulding an Argument*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 206 s.; J. Cohen, *The Role of Evidence Weight in Criminal Proof*, *ivi*, pp. 123 ss.; Id., *The Probable*, cit., pp. 251, 274 ss.; N. B. Cohen, *op. cit.*, p. 399.

110. V., en especial, Eggleston, *op. cit.*, pp. 9, 25, 159 ss.

111. En ese sentido, Cohen, *The Role*, cit., p. 123; Callen, *op. cit.*, p. 39; Tillers, en Wigmore, *op. cit.*, I, pp. 1067 ss. Para una valoración más optimista, cf. Schum, *Probability*, cit., pp. 248 ss.

112. Destaca acertadamente Callen, *op. cit.*, p. 4, que o bien el cálculo está fundamentado sobre bases cuantitativas seguras o bien el modelo matemático es inútil. Pero las bases cuantitativas seguras son precisamente lo que falta en la mayor parte de los casos concretos. Algunos sostienen, por otra parte —pero se trata de una opinión difícilmente aceptable—, que el cálculo bayesiano es aplicable incluso a falta de datos cuantitativos precisos: v., en este sentido, Eggleston, *op. cit.*, pp. 37 ss., 128 ss., 159 ss.

113. Cf. Nisbett y Ross, *op. cit.*, pp. 43 ss., 93 ss., 127 ss., 195 ss. Tribe, *op. cit.*, pp.

cuantificaciones de relaciones y proporciones que se fundamentan únicamente en el sentido común deben, pues, ser descartadas; en todo caso, es necesario un control real sobre la fundamentación de los datos asumidos en función de *prior probabilities*, pero esto salva muy pocas hipótesis entre una gran cantidad de aserciones «probabilísticas» infundadas.

Por otra parte, los problemas del teorema de Bayes no se agotan disponiendo de *base rate informations* aceptables<sup>114</sup>. En efecto, puede suceder que el teorema sea aplicado adoptando *prior probabilities* fundadas pero no relevantes. Si, por ejemplo, para citar un caso ya «clásico», el problema es establecer la aceptabilidad de un testigo que declara haber visto un autobús azul, las informaciones relativas al número de los autobuses azules son absolutamente irrelevantes, de forma que un cálculo bayesiano produciría un resultado que no se corresponde en absoluto con la aceptabilidad del testigo y, por tanto, con la fundamentación de la hipótesis de que el autobús que ha provocado el accidente sea azul<sup>115</sup>. Del mismo modo, para citar otro caso «clásico», si es

1358 ss., pone especialmente en evidencia la casualidad y la variabilidad de las cuantificaciones probabilísticas efectuadas por distintos sujetos. Sobre la arbitrariedad en la determinación de las *prior probabilities*, v. también Brilmayer y Kornhauser, *Quantitative Methods and Legal Decision*, en *Un. Chi. L. Rev.* 46, 1978, pp. 142 ss., y entre lo más reciente Underwood, *Trial by Fuzzy Mathematics. An Update Look at People v. Collins*, 1990 (manuscrito no publicado, consultado gracias a la cortesía del prof. Geoffrey C. Hazard), p. 3. A favor del uso de las *base rate evidence* para el cálculo estadístico v., en cambio, Koehle y Shaviro, *op. cit.*, pp. 257 ss.

114. Uno de esos problemas depende del hecho de que, incluso si existen datos estadísticos, en el ámbito de la doctrina bayesiana las *prior probabilities* siguen siendo subjetivas: cf. Schafer, *The Construction*, cit., pp. 196 ss.; Schum, *Beating and Boulting*, cit., p. 206.

115. El caso del autobús azul es uno de los ejemplos aportados por Tribe (*op. cit.*, pp. 1340 ss., 1346 ss.) para demostrar que la disponibilidad de *base rate informations* concernientes a la frecuencia relativa de un cierto fenómeno (el número de los autobuses azules respecto del número de autobuses amarillos) no es suficiente para ofrecer la prueba en el caso específico. El ejemplo ha sido ampliamente discutido en numerosos trabajos sobre la teoría bayesiana: para argumentos análogos a los delineados en el texto, cf. Rumiaty, *op. cit.*, pp. 64 ss.; Brilmayer, *op. cit.*, pp. 148 ss.; N. B. Cohen, *op. cit.*, p. 395; Nesson, *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, en *Harv. L. Rev.* 98, 1985, pp. 1379 ss.; Callen, *Adjudication and the Appearance of Statistical Evidence*, en *Tul. L. Rev.* 65, 1991, pp. 459 ss. Esos argumentos son considerados habitualmente convincentes en el sentido de excluir que se puedan derivar directamente elementos de prueba de un caso específico a partir de datos estadísticos; entre lo más reciente, en sentido contrario, v. Shaviro, *op. cit.*, pp. 530 ss., y Koehler y Shaviro, *op. cit.*, pp. 247 ss., siempre en referencia al caso del autobús azul.

Obsérvese, sin embargo, que el uso incorrecto de datos estadísticos irrelevantes puede llevar a distorsionar completamente el resultado de la decisión, como sucedería si

necesario establecer si Ticio ha pagado o no la entrada a un espectáculo es irrelevante conocer la proporción de personas que no han pagado respecto al total de las presentes<sup>116</sup>: ningún cálculo fundado sobre una *prior probability* de este tipo lleva a nada significativo respecto del problema de si Ticio ha pagado o no la entrada<sup>117</sup>. Esto nos lleva a decir que, mientras el cálculo bayesiano es siempre posible y produce siempre resultados cualquiera que sea la *prior probability* que se adopte, nada garantiza en realidad que el resultado producido «signifique» efectivamente el grado de probabilidad de la hipótesis sobre el hecho. Si la *prior probability* existe pero no es directamente relevante para la reconstrucción del hecho, el resultado numérico producido por el cálculo bayesiano simplemente no tiene sentido<sup>118</sup>.

se decidiese acerca de la responsabilidad por los daños en base a la frecuencia estadística de los colores de los autobuses: cf., en referencia a un caso similar, Callen, *Notes*, cit., pp. 20 ss., 35 ss.

116. El ejemplo es propuesto por Cohen, *The Probable*, cit., p. 75, para ilustrar una de las paradojas principales de la teoría fundada sobre las frecuencias cuantitativas. También este caso ha sido ampliamente discutido en la literatura sobre el tema: v., por ejemplo, Brilmayer, *op. cit.*, pp. 147 ss.; Lempert, *The New Evidence Scholarship*, cit., pp. 70 ss.; Kaye, *The Paradox of the Gatecrasher and Other Stories*, en *Ariz. St. L. J.*, 1979, pp. 101 ss.; Feinberg, *Gatecrasher, Blue Buses, and the Bayesian Representation of Legal Evidence*, en *Boston Un. L. Rev.* 66, 1986, pp. 693 ss.; N. B. Cohen, *op. cit.*, p. 395.

117. Eggleston (*op. cit.*, pp. 40 ss.) sostiene, en cambio, que incluso en este caso la frecuencia estadística puede fundamentar la conclusión acerca de la probabilidad de que Ticio haya pagado y tiene, por tanto, un valor probatorio autónomo (en el mismo sentido Shaviro, *op. cit.*, p. 540; Koehler y Shaviro, *op. cit.*, pp. 260 ss.). Esto implica, por otra parte, que si todos los espectadores fueran llamados a la causa, todos perderían y serían condenados a pagar, ya que todos ellos se encontrarían en la misma situación desventajosa que Ticio. Serían, así, condenados a pagar de nuevo los 499 espectadores que habían pagado ya. Eggleston, *ibid.*, acepta esta consecuencia, pero está claro que ésta es cualquier cosa menos obvia. Si, en cambio, como parece razonable, se rechaza esta consecuencia, entonces el uso de la frecuencia estadística a efectos directamente decisivos se convierte en muy dudoso.

118. Esta conclusión es intuitiva en los dos ejemplos citados más arriba y en todos los casos que se pueden reconducir al mismo esquema. A los efectos de establecer si el accidente ha sido provocado por un autobús azul, la información de que en la ciudad 8 de cada 10 autobuses son azules es irrelevante; si se usara esa información, comportaría la conclusión de que los propietarios de los autobuses azules serían siempre responsables de todos los accidentes producidos por autobuses no identificados, ya que en cada caso habría una probabilidad del 80% a favor de la responsabilidad de un autobús azul. En el caso de la entrada impagada, todos los espectadores deberían ser condenados, ya que contra cada uno de ellos existe una probabilidad del 50,1%. Estas paradojas no han encontrado respuestas convincentes en el ámbito de la doctrina bayesiana (cf. N. B. Cohen, *op. cit.*, p. 395). Muestran, en todo caso, los riesgos inherentes al uso incontrolado de las *prior probabilities* y la necesidad de que las frecuencias estadísticas sean empleadas únicamente en los pocos casos en los que éstas son ciertas y directamente relevantes respecto del hecho a probar (v., en especial, Callen, *Notes*, cit., p. 10). Sobre

Consideraciones críticas posteriores afectan a otros aspectos bajo los que también se pone en duda la capacidad del modelo bayesiano de «representar» y, por tanto, resolver, los problemas referentes a la valoración de las pruebas.

Así, por ejemplo, se señala que adoptando una escala de valores del 0 al 1 no es posible sostener que el valor 0 equivale a la demostración de la falsedad de la hipótesis, como asume el teorema de Bayes, ya que la falta de elementos de prueba significa sólo que no se ha confirmado la verdad de la hipótesis, no que ésta sea falsa<sup>119</sup>. Es más, se señala que la doctrina bayesiana resuelve mal el problema de la «conjunción», es decir, de las hipótesis en las que se tenga que establecer la probabilidad de varias circunstancias conjuntas, porque el método matemático usado lleva siempre a determinar en ese caso valores excesivamente bajos y, por tanto, escasamente significativos<sup>120</sup>. Análogamente, se ha observado que en los términos de la doctrina examinada algunos problemas fundamentales, como el de la situación de las pruebas convergentes y el de la determinación del criterio de elección entre hipótesis distintas, no tienen solución matemática<sup>121</sup> y, por tanto, escapan a la aplicación del teorema de Bayes. Incluso el que parecía el «punto fuerte» de esa aplicación, esto es, el análisis probabilístico de las *casca-ded inferences*, se ha visto sujeto a estrictas críticas tanto desde el punto de vista matemático como por atribuir una estructura al razonamiento inferencial que no se corresponde al modo como éste se desarrolla y acabar determinando valores demasiado bajos y no utilizables<sup>122</sup>.

En realidad, existen orientaciones críticas menos radicales, en las que se reconoce que *en algún caso* el método bayesiano puede ser útil porque da cuenta de forma aceptable de algunos problemas probatorios<sup>123</sup>. Parece, sin embargo, que la ortodoxia bayesiana está atravesando

el tema, v. el muy eficaz análisis crítico de Tribe, *op. cit.*, pp. 1362 ss., acerca de la aplicación de la teoría en estudio por parte de Finkelstein y Fairley, *A Bayesian Approach*, cit.

119. V., *infra*, capítulo IV, 1.2.

120. V., en especial, Cohen, *The Probable*, cit., pp. 58 ss., y además Nesson, *op. cit.*, p. 1385; Allen, *A Reconceptualization of Civil Trials*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 24 ss.; Underwood, *op. cit.*, p. 5. El cálculo bayesiano produce además resultados distintos en función de si los hechos a probar son más o menos numerosos: v. Allen, *ivi*, p. 25.

121. V., en especial, Cohen, *The Probable*, cit., pp. 87 ss., 93 ss.

122. Cf. una vez más Cohen, *op. ult. cit.*, pp. 68 ss. Sobre la idea de que el cálculo bayesiano no es capaz de representar inferencias probatorias, v. Underwood, *op. cit.*, p. 13. A favor de la versión bayesiana, v., en cambio, Eggleston, *op. cit.*, pp. 37 ss., 237 ss.

123. Cf., por ejemplo, Schum, *Probability*, cit., pp. 248 ss.; Eggleston, *op. cit.*, pp. 37 ss., 159 ss., 177 ss., 228 ss., 232 ss., 237 ss.

do desde hace un tiempo una crisis de considerables proporciones, dado que muchas de las críticas que se le han dirigido —como las que se han mencionado— son eficaces para mostrar los límites, incoherencias y elementos relevantes de inadecuación de la teoría en cuestión.

A muchas de estas críticas se responde a veces acentuando el carácter subjetivo de la variante bayesiana de la teoría de la probabilidad: esto es, se subraya que la finalidad de la teoría y del cálculo no es establecer características objetivas de fenómenos o caracteres lógicos de proposiciones, sino únicamente calcular grados de adhesión subjetiva a hipótesis. Ni siquiera por esta vía, por otro lado, parece que la doctrina examinada ofrezca resultados convincentes.

Por un lado, la solución consistente en formalizar el cálculo subjetivo mediante la teoría de los juegos y de las apuestas<sup>124</sup> se presenta como un *escatomage* que complica mucho el aspecto matemático del problema pero no ofrece una solución satisfactoria de la forma en que se determina, en el proceso, el grado de aceptabilidad de las hipótesis sobre el hecho<sup>125</sup>. Por otro lado, una vez que se acentúan los caracteres subjetivos en el establecimiento de las premisas del cálculo, se tiene que reconocer la eventualidad de que distintas personas asignen distintas probabilidades subjetivas a las mismas proposiciones<sup>126</sup>, y esto elimina cualquier índice de aceptabilidad del cálculo. En fin, los intentos de resolver en clave «subjetivista» los problemas relativos al uso de frecuencias estadísticas parecen poco efectivos<sup>127</sup>, incluso cuando parecen

124. De esta forma se vuelve a los orígenes de las doctrinas subjetivistas de la probabilidad o, al menos, a la doctrina de Savage sobre la traducción subjetivista de las frecuencias estadísticas: cf. Lempert, *op. ult. cit.*, p. 68; N. B. Cohen, *op. cit.*, p. 391; Tribe, *op. cit.*, p. 1347.

125. Para críticas al modelo de la apuesta aplicado al proceso, cf. Schafer, *The Construction*, cit., p. 194; Brilmayer, *op. cit.*, p. 158.

126. Así Tribe, *op. cit.*, pp. 1348 s. Permanece en todo caso incierto, en el ámbito de la teoría examinada, sobre qué base no arbitraria se puede atribuir una «probabilidad subjetiva» a algo, considerando, además, que esa teoría separa completamente la determinación de las probabilidades subjetivas de la consideración de los elementos de prueba disponibles (cf. Schafer, *op. ult. cit.*, p. 193). Por otra parte, es lícito sostener que el cálculo de las probabilidades no representa una racionalización aceptable de las incertidumbres subjetivas: cf. Goldman, *op. cit.*, p. 328.

127. A veces se intentan revolver en clave subjetivista las paradojas provocadas por el empleo de las *prior probabilities* estadísticas, recurriendo a la posibilidad de que el sujeto incremente o reduzca el grado de adhesión individual al uso de las frecuencias estadísticas, cuando éstas producirían resultados poco aceptables (cf. Tribe, *op. cit.*, pp. 1348 s.). Sin embargo, queda por demostrar cómo, cuándo y según qué criterios puede el sujeto realizar racionalmente estos ajustes. Para un análisis crítico al respecto, v., en especial, Callen, *op. ult. cit.*, pp. 18 ss.; v., además, Rumiati, *op. cit.*, pp. 53 ss. De todos modos, no tiene mucho sentido que deba recurrirse a un cálculo preciso de

captar correctamente algún aspecto del problema<sup>128</sup>. Parece, entonces, fundada la observación de Cohen según la cual la versión subjetivista de la doctrina bayesiana puede ser usada, en el mejor de los casos, para describir un estado mental, pero no explica cómo debería desarrollarse el razonamiento respectivo<sup>129</sup>.

En consecuencia, es lícito concluir que la teoría bayesiana del cálculo de las probabilidades no ofrece, en ninguna de sus versiones, una racionalización aceptable y eficiente del problema concerniente a la confirmación probatoria de la hipótesis sobre el hecho. No está excluido que su aparente «exactitud», debida al uso de un acentuado formalismo matemático y a la insistencia en datos y en resultados numéricamente precisos, pueda haber inducido a muchos a sostener que han descubierto finalmente un método «científico» para afrontar ese problema<sup>130</sup>. Sin embargo, más allá del hecho de que no sólo es científico aquello que puede ser traducido en números, resulta que la aplicación del método bayesiano es, por un lado, contraproducente y peligrosa, ya que implica riesgos elevados de errores y de malentendidos<sup>131</sup>, y, por otro, escasamente funcional en el contexto procesal porque tiene la peculiar característica de descuidar el dato que en ese contexto es el más importante, esto es, el peso y el significado de los elementos de

probabilidad estadística para llegar a resultados exactamente cuantificados y después admitir que esos resultados pueden no resultar aceptables y que, por tanto, es lícito no «creer» en la base estadística del cálculo: el círculo vicioso ínsito en este razonamiento es muy evidente.

128. Éste es el caso de N. B. Cohen, *op. cit.*, especialmente pp. 397 ss., donde se elabora una distinción entre la probabilidad de algo y el grado de confianza con el que esa probabilidad es tomada en consideración. La distinción parece razonable, porque permite distinguir los aspectos objetivos y subjetivos de la probabilidad, y tiene además la ventaja de tomar en cuenta, en la determinación del grado de confianza, elementos relevantes como la naturaleza y la amplitud de las informaciones que están en la base de la probabilidad objetiva. Sin embargo, esta teoría no explica cómo se escoge una probabilidad objetiva significativa, descartando las que no lo son, ni según qué precisos criterios se determina el grado de confianza en la aceptabilidad de la probabilidad objetiva: fracasa, en consecuencia, el intento de configurar un cálculo preciso fundado sobre estos elementos.

129. Cf. *The Role of Evidential Weight*, cit., p. 125.

130. Es el síndrome de que «lo que no se puede contar no existe», del que habla convincentemente Tribe, *op. cit.*, pp. 1361 ss. Sobre la idea de la racionalidad como cálculo de la probabilidad numérica de creencias sobre hechos v. también Galavotti, *Rationality and Probability*, en *Reason in Law*, vol. 3, Milano, 1988, p. 80, y Suppes, *Probabilistic Empiricism and Rationality*, en *Rationality in Science*, ed. por R. Hilpinen, Dordrecht-Boston, 1980, pp. 171 ss.

131. Cf., especialmente, Tribe, *op. cit.*, pp. 1358 ss., y, entre lo más reciente, Underwood, *op. cit.*, pp. 5 ss.

prueba disponibles en el caso concreto<sup>132</sup>. Se trata, pues, de una teoría con una escasa capacidad explicativa porque, como se ha visto, no se adapta a numerosas situaciones, y es también antieconómica, ya que las complicaciones que produce son netamente desproporcionadas respecto a los limitados resultados que está capacitada para conseguir.

3.2. *Otras teorías cuantitativas.*—La teoría bayesiana no ha sido el único intento de aplicar el cálculo de las probabilidades a los efectos de determinar con precisión una cantidad numérica relativa al grado de aceptabilidad que corresponde a una hipótesis fáctica sobre la base de los elementos de prueba disponibles. Se han avanzado otras teorías en esa misma dirección. Tomando en consideración la doctrina bayesiana, éstas tratan de evitar sus inconvenientes proponiendo modelos, en algunos aspectos, menos toscos —en el plano conceptual, si no en el plano matemático— de los que normalmente se sitúan en la base de la doctrina bayesiana ortodoxa<sup>133</sup>. Dos de estas teorías parecen especialmente interesantes precisamente desde este punto de vista.

La primera se debe a los suecos Ekelöf, Halldén y Edman y recibe el nombre de *evidentiary value model*<sup>134</sup>. A diferencia de la teoría bayesiana, el objetivo de este modelo es establecer el grado de probabilidad en que los elementos de prueba disponibles confirman una hipóte-

132. En este sentido, v. Brilmayer, *op. cit.*, pp. 156 ss., 164; Callen, *op. ult. cit.*, pp. 15 ss.

133. V., por ejemplo, los escritos de Friedman, *A Diagrammatic Approach to Evidence*, cit., y *A Close Look to Probative Value*, cit.

134. Esta teoría ha sido desarrollada por los autores mencionados en distintos trabajos, la mayor parte de los cuales han sido publicadas en lengua sueca. De todos modos, la teoría ha sido expuesta y discutida en los ensayos recogidos en el volumen *Evidentiary Value: Philosophical, Judicial and Psychological Aspects of a Theory. Essays ded. to S. Halldén*, ed. por P. Gärdenfors, B. Hansson y N.-E. Sahlén, Lund, 1983, entre los cuales v., en especial, Ekelöf, *My Thoughts on Evidentiary Value*, *ivi*, pp. 9 ss., para una reconstrucción histórica de la formulación de la teoría. Acerca de distintos aspectos de ésta v., entre los escritos accesibles para quien no lee el sueco, Edman, *Adding Independent Pieces of Evidence*, en *Modality and Other Problems of Sense and Nonsense. Essays ded. to S. Halldén*, Lund, 1973; Ekelöf, *Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis der Ersten Anscheins*, en *ZZP* 75, 1962, pp. 289 ss.; Id., *Free Evaluation of Evidence*, en *Scandinavian Studies in Law* 8, 1964, pp. 5 ss.; Id., *Beweiswert*, en *Festschr. für F. Baur*, Tübingen, 1981, pp. 343 ss.; Patti, *op. cit.*, pp. 52 ss., 56 ss.

Una versión revisada y corregida de la doctrina en examen se encuentra en algunos trabajos recientes que pretenden integrar el tema de la valoración de la prueba en una teoría más amplia del razonamiento decisorio: cf. Klami, Rahikainen y Sorvettula, *On the Rationality of Evidentiary Reasoning*, en *Rechtstheorie* 24, 1988, pp. 368 ss.; Klami, Hatakka y Sorvettula, *Burden of Proof. Truth or Law?*, en *Scandinavian Studies in Law* 34, 1990, pp. 122 ss., 132 ss.; Klami, Sorvettula y Hatakka, *Truth and Law. Is, Ought and Reasoning*, en *ARSP* LXXV, 1989, pp. 429 ss.

sis sobre el hecho. Se trata de un aspecto muy importante porque evita uno de los mayores problemas de la teoría bayesiana (el referente al hecho de que ésta no toma en consideración, o minusvalora, los elementos de prueba al determinar las probabilidades de las hipótesis) y, en cambio, plantea el problema correctamente en los términos de la «lógica de la confirmación» que la hipótesis sobre el hecho recibe de los elementos de prueba concretamente disponibles<sup>135</sup>. También es apreciable y heurísticamente útil la «metáfora del indicador» con la que se aclara la función y el significado del elemento de prueba<sup>136</sup>. Éste ofrece precisamente, como un instrumento de medida (si funciona correctamente), el grado en la que la hipótesis puede considerarse verdadera. Dejando a un lado otras consideraciones que se harán más adelante, esta metáfora tiene la ventaja de poner en el centro del problema el mecanismo probatorio, haciendo depender esencialmente de éste (y no de otros factores como, por ejemplo, la *prior probability* bayesiana) el soporte que se da a la hipótesis sobre el hecho<sup>137</sup>. No por casualidad este soporte es precisamente reconducido al *evidentiary value*, es decir, específicamente al valor que el elemento de prueba concreto manifiesta con relación a la hipótesis<sup>138</sup>. Sobre esta base, y con la ventaja no irrelevante del empleo de un formalismo limitado y comprensible incluso para los no especialistas en el cálculo de la probabilidad, son analizados los problemas de las *cascaded inferences* y de la combinación de pruebas convergentes o contradictorias respecto de la hipótesis sobre el hecho<sup>139</sup>.

Tratándose de una teoría que parte de un correcto planteamiento del problema relativo a la relación entre prueba e hipótesis sobre el hecho, vale la pena darle rápidamente una valoración global de «operatividad» a los efectos de verificar si puede considerarse válida en su conjunto. Al respecto, es necesario no obstante tener en cuenta algunos factores que operan en sentido negativo y hacen que esa teoría se

135. V., en especial, Ekelöf, *My Thoughts*, cit., pp. 10 ss., y sus otros escritos citados en la nota precedente. V., además, Freeling y Sahlin, *Combining Evidence*, en *Evidentiary Value*, cit., p. 59; Gärdenfors, *Probabilistic Reasoning and Evidentiary Value*, *ivi*, p. 47; Hansson, *Epistemology and Evidence*, *ivi*, pp. 75 s. Cf. también los comentarios de Schum, *Probability*, cit., pp. 258 ss.

136. Cf. Gärdenfors, *op. cit.*, pp. 53 s.; Edman, *op. cit.*, pp. 181 s.; Freeling y Sahlin, *op. cit.*, p. 59.

137. V., en especial, Gärdenfors, *op. cit.*, pp. 45 s.

138. Cf. Ekelöf, *My Thoughts*, cit., pp. 12 s., 15; Gärdenfors, *op. cit.*, pp. 50, 54.

139. Cf. Ekelöf, *op. ult. cit.*, pp. 16 ss.; Freeling y Sahlin, *op. cit.*; Sahlin, *Do People Combine Evidence According to an Evidentiary Value Model? A Note*, en *Evidentiary Value*, cit., pp. 98 ss.



presente como un desarrollo poco aceptable de premisas correctas y no como una teoría globalmente correcta.

También en este caso, la objeción principal es que el cálculo puede estar planteado válidamente, pero se funda sobre datos que habitualmente no existen. Es necesario observar, por un lado, que al menos en algunas versiones de la teoría examinada se emplea un modelo de cálculo que es esencialmente bayesiano, con la consecuencia de poner en evidencia las *prior probabilities* que fundan la aplicabilidad del teorema de Bayes<sup>140</sup>. Se puede discutir si las *prior probabilities* coinciden siempre o no con las *base rate informations*<sup>141</sup>, pero, en todo caso, surge la serie de problemas ya discutidos anteriormente a propósito de la doctrina bayesiana, esto es, los que afectan a la carencia habitual, la aceptabilidad insegura y la posible irrelevancia de las informaciones que son usadas como *prior probabilities*<sup>142</sup>. El problema no se supera, como intenta hacer Ekelöf en un trabajo reciente, apelando al hecho de que a menudo las informaciones necesarias se obtienen de reglas o frecuencias que caen bajo la experiencia común<sup>143</sup>. La experiencia común, dada su indeterminación y variabilidad, puede contener muchas cosas, pero obviamente no puede contener todo lo necesario en cada caso para establecer las *prior probabilities*. Además, y ésta es una objeción radical, la experiencia común contiene «máximas» o «reglas» que son, en realidad, toscas generalizaciones, normalmente incontroladas y, sobre todo, no cuantificadas y no cuantificables si no es a costa de superponer frecuencias estadísticas ficticias a meras valoraciones del llamado «sentido común»<sup>144</sup>. Pero las *prior probabilities* deben estar constituidas por frecuencias cuantitativamente determinadas, porque sin ello ningún cálculo puede funcionar produciendo resultados numéricos. Esto equivale, sin embargo, a decir que en la gran mayoría de los casos el cálculo no es aplicable.

Por otro lado, queda habitualmente indeterminado el factor fundamental de toda la teoría, es decir, el *evidentiary value* de partida. Cuando se trata de determinar el dato de base del cálculo, es decir, el valor a atribuir al elemento de prueba concreto, se dice que ese valor es *presupuesto* o *conjeturado*<sup>145</sup>. Sin embargo, presuponer o conjeturar un valor numérico ficticio de un elemento de prueba puede ser

140. Cf. Freeling y Sahlin, *op. cit.*

141. Cf. Freeling y Sahlin, *op. cit.*, pp. 70 s.

142. V., en efecto, el eficaz análisis de Gärdenfors, *op. cit.*

143. Cf. *My Thoughts*, cit., pp. 11, 20.

144. Para una observación análoga, v., *supra*, apartado 3.1.

145. V., por ejemplo, Ekelöf, *My Thoughts*, cit., pp. 12, 18; Freeling y Sahlin, *op. cit.*, pp. 63, 70.

útil para mostrar cómo podría funcionar un cálculo fundado sobre valores numéricos atribuidos a los elementos de prueba, pero no dice nada sobre el problema de base, esto es, sobre la forma de determinar realmente el valor numérico de los elementos de prueba en el caso concreto. Entonces, nos falta la base del cálculo y éste no es capaz de colmar «internamente» esa laguna. Y siendo así, por otra parte, decae la analogía entre la prueba y el instrumento de medida. En efecto, del instrumento (por ejemplo un termómetro) se conoce, además de su funcionamiento y de su grado de precisión, la escala cuantitativa que determina el valor específico del resultado concreto y que lo hace parangonable a otras medidas efectuadas con el mismo (tipo de) instrumento. Esto es precisamente lo que falta, y sigue faltando también en el ámbito de la teoría que se está examinando, en el elemento de prueba<sup>146</sup>. Al respecto, tampoco se puede responder que en el fondo la teoría no tiene necesidad de establecer el valor del elemento de prueba concreto, ya que ésta elabora y propone un modelo de cálculo para la solución de problemas complejos, mientras que el valor específico del elemento de prueba concreto no es más que una variable destinada a ser determinada en el caso concreto. Esta respuesta no es válida porque se funda sobre una asunción no demostrada (y con toda probabilidad infundada), esto es, que existe un método para establecer racionalmente un valor numérico atribuible a la prueba concreta. Por otra parte, se esperaría que una teoría fundada sobre el *evidentiary value* de los elementos de prueba y que pretende construir cálculos cuantitativos de probabilidades que tienen por objeto este «valor» identificase también los criterios para determinarlo. Como ya se ha hecho anteriormente respecto de la doctrina bayesiana, también aquí se puede destacar que no tiene mucho sentido construir modelos de

146. Por otra parte, en la práctica sucede que el elemento de prueba (por ejemplo el testigo) sufre las consecuencias de condiciones que alteran su «funcionamiento», lo que complica el problema de establecer la aceptabilidad de sus «medidas»: cf. Hansson, *op. cit.*, p. 80. Los mismos inconvenientes surgen en los intentos de utilizar la teoría del *evidentiary value* (al respecto, v. Klami, Rahikainen, Hatakka y Sorvettula, *opp. citt.*, en la nota 134). En efecto, en ellos se continúa suponiendo que existen fórmulas de cálculo cuantitativo de la aceptabilidad de la prueba, sin indicar, no obstante, cómo deberían ser concretamente determinadas las cantidades. Esos inconvenientes se presentan, incluso agravados, en cuanto el *evidentiary value* es incluido en fórmulas cuantitativas que pretenden representar completamente el razonamiento decisorio. No falta en estas teorizaciones una cierta conciencia del problema (v., por ejemplo, Klami, Hatakka y Sorvettula, *op. cit.*, pp. 122, 135; Klami, Rahikainen y Sorvettula, *op. cit.*, p. 370), pero acaba prevaleciendo la tendencia a calcular cuantitativamente incluso lo que en realidad escapa a determinaciones cuantitativas aceptables (como, por ejemplo, la desventaja que se derivaría de decisiones judiciales equivocadas: v. *ibid.*).

cálculo de las probabilidades más o menos sofisticados si la «cantidad» de partida queda indeterminada o si su determinación se deja a valoraciones y preferencias subjetivas y, en cualquier caso, no controladas o controlables.

Esta carencia fundamental ha sido percibida por uno de los autores de la teoría examinada, Ekelöf, que ha rectificado su pensamiento excluyendo precisamente que el valor de la prueba concreta sea numéricamente determinable. Coherentemente, propone el uso de una escala de valores 0-1, dentro de la cual no operan fracciones numéricas determinadas, sino calificaciones «vagas» del valor de la prueba concreta<sup>147</sup>. Este cambio de dirección es significativo, pero no puede dejar de tener un efecto devastador sobre el conjunto de la teoría que se ha examinado hasta aquí. Como se ha dicho, en efecto, ésta se funda sobre la premisa de que el *evidentiary value* del elemento de prueba concreto sea de alguna forma cuantificado, ya que el respectivo «número» es la variable fundamental del cálculo probabilístico. No obstante, si se niega la posibilidad de cuantificar numéricamente la variable, la consecuencia inevitable es que el cálculo no puede funcionar. La nueva opinión de Ekelöf, que parece correcta en este punto, no es, pues, un ajuste interno de la teoría del *evidentiary value*; es más bien un cambio radical de perspectiva que pone en crisis el punto de partida de la teoría entera.

Consideraciones sustancialmente análogas valen para la elaboración propuesta por Schafer respecto al problema de la combinación de elementos de prueba<sup>148</sup>. Schafer no se ocupa específicamente de las pruebas jurídicas (aunque a menudo usa ejemplos jurídicos), ya que está interesado principalmente en la elaboración matemática del problema de la *evidence* respecto de hipótesis, desde un punto de vista muy general (tanto es así que considera el teorema de Bayes como un caso particular de su propia teoría)<sup>149</sup>. Sin embargo, Schafer parte de premisas aplicables al problema jurídico de la prueba, como las que afectan a la «función de creencia» en el fundamento de las hipótesis<sup>150</sup>, y elabora una serie de situaciones que pueden producirse cuando se tienen combinaciones de pruebas, algunas de las cuales pueden encontrarse fácilmente en el contexto del proceso<sup>151</sup>. Además, el análisis de Schafer tiene el valor de definir con notable claridad y rigor sus propios presu-

147. Cf. *My Thoughts*, cit., pp. 14, 24.

148. Cf. Id., *A Mathematical Theory of Evidence*, cit.

149. V. *ibid.*, pp. 30 ss.

150. V. *ibid.*, pp. 39 ss.

151. V. *ibid.*, especialmente pp. 58 ss., 82 ss., 90 ss., 219 s.

puestos, sus nociones de base, sus condiciones y sus límites de aplicabilidad<sup>152</sup>: sobre esta base Schafer construye una elaboración matemática muy sofisticada (que tiene el valor no despreciable de no ser la enésima versión del teorema de Bayes), destinada a permitir la determinación analítica del cálculo de las pruebas, en la versión subjetivizada del «grado de creencia», en las distintas situaciones de *combined evidence*.

El análisis de Schafer ha sufrido valoraciones de distinto signo, ya sea desde el punto de vista estrictamente matemático, ya sea desde el punto de vista de la coherencia del sistema elaborado por él<sup>153</sup>, pero no es éste el aspecto que aquí nos interesa. Lo que sí importa destacar es que la teoría de Schafer, en cuanto que pretende construir el cálculo cuantitativo de la aceptabilidad que una combinación de elementos de prueba atribuye a una hipótesis, deja indeterminado el elemento de partida, esto es, el *quantum* de «creencia» que se atribuye al elemento de prueba concreto. A diferencia de lo que sucede en otros casos, como los considerados anteriormente, Schafer es perfectamente consciente de este problema, que incluso explicita claramente, destacando que la determinación de este valor depende de elecciones a realizar en el caso concreto, mientras que su teoría tiene un objetivo bien distinto: la elaboración matemática de un modelo de cálculo destinado a ser aplicado en determinadas situaciones<sup>154</sup>.

Esto comporta repetir también en este caso la observación de que entonces se trata de una teoría difícilmente aplicable a las valoraciones de las pruebas judiciales, ya que lo que habitualmente falta en juicio es precisamente la posibilidad de determinar racionalmente la cantidad numérica del grado de aceptabilidad (objetiva o subjetiva) de la hipótesis probatoria concreta. Debe considerarse, por otra parte, que ésta no es una verdadera objeción a la teoría de Schafer, del mismo modo que no es una objeción contra el teorema de Bayes, en sí mismo considerado: está claro que no se puede objetar a un teorema (o a una teoría matemática) que no prevea la determinación de las variables en el caso concreto.

Esa consideración, en cambio, opera como objeción contra las teorías que se presentan como teorías probabilísticas de la prueba judicial y proponen modelos de cálculo que se aplican únicamente a variables numéricamente cuantificadas sin tomar en cuenta el hecho de que, en

152. V., en especial, *ibid.*, pp. 5 ss., 9, 20 ss., 35 ss., 74 ss.

153. Cf., por ejemplo, Levi, *Consonance, Dissonance and Evidentiary Mechanisms*, en *Evidentiary Value*, cit., pp. 27 ss.; Freeling y Sahlin, *op. cit.*, pp. 61 ss.; Schum, *Probability*, cit., pp. 235 ss.

154. V. *op. ult. cit.*, pp. 20 ss.

la gran mayoría de los casos, en el proceso esas variables no pueden ser cuantificadas. Entre esas teorías pueden distinguirse aquellas que se aproximan en mayor o menor medida a la situación de la prueba judicial, y por tanto la «reflejan» de un modo más o menos aceptable<sup>155</sup>; su denominador común es, sin embargo, ser tendencialmente inaplicables, ya que son cuantitativas y, por tanto, presuponen cuantificaciones que habitualmente no existen en el proceso o son arbitrarias e incontroladas<sup>156</sup>.

También pueden realizarse consideraciones análogas a las anteriores a orientaciones que se han manifestado en la literatura alemana reciente en materia de valoración de las pruebas.

También en este caso la exigencia de fondo es evidentemente la de sustraer la determinación del hecho del arbitrio subjetivo del juez, anclándolo lo más posible en criterios «objetivos»<sup>157</sup>. Dado que por otra parte ya se considera obvio que la valoración de las pruebas tiene carácter probabilístico, la solución se busca en el ámbito de las concepciones «objetivas» de la probabilidad, lo que habitualmente significa emplear modelos cuantitativos de la probabilidad para obtener esquemas que puedan ser adaptados a la valoración de las pruebas<sup>158</sup>. La reacción contra el subjetivismo de la valoración del juez sobre las pruebas se traduce, pues, en la elaboración de parámetros cuantitativos que deberían guiar esa valoración —haciéndola objetiva.

155. Desde este punto de vista, el análisis de Schafer es probablemente el más profundo, porque está sostenido desde un grado más elevado de conocimiento metodológico y de elaboración formal, aunque se ocupa únicamente de la *combined evidence*. Es también apreciable la teoría de Ekelöf, Erdman y Halldén, precisamente por su preocupación de adecuarse a las situaciones-tipo de la prueba judicial. Bajo este aspecto es, en cambio, poco aceptable, como se ha visto anteriormente, la aplicación del cálculo bayesiano a los problemas probatorios.

156. V., más ampliamente, *infra*, apartado 3.3.

157. De la doctrina más reciente, cf., en especial, Greger, *op. cit.*, pp. 81 ss., 88 ss., 101 ss.; Huber, *op. cit.*, pp. 67 ss., 89 ss.

158. Cf. Greger, *op. cit.*, pp. 13 ss., 40 ss. y, especialmente, 49 ss., 94 ss., 101 ss.; Huber, *op. cit.*, pp. 102 ss.; Musielak y Stadler, *op. cit.*, pp. 69 ss., 124 ss.; Walter, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen, 1979, pp. 133 ss., 149 ss. [tr. cast., *Libre apreciación de la prueba*, a cargo de T. Banzhaf, Bogotá-Colombia, 1985, pp. 149 ss., 161 ss.]; Bruns, *Beweiswert*, en *ZZP* 99, 1978, pp. 64 ss.; Bender, *Das Beweismass*, en *Festschr. für F. Baur*, Tübingen, 1981, pp. 247 ss.; Bender, Röder y Nack, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, I, *Glaubwürdigkeits- und Beweislehre*, München, 1981, pp. 176, 181 ss., 218 ss.; Prütting, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, 1983, pp. 190 ss.; Nierhaus, *Beweismass und Beweislast. Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozess*, München, 1989, pp. 55 ss.; Koch y Rüssmann, *op. cit.*, pp. 287 ss.; Maassen, *Beweismassprobleme im Schadenersatzprozess*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1975, pp. 32 ss.; Musielak, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Berlin-New York, 1975, pp. 105 ss., 116 ss.

Éste es el caso, por ejemplo, del trabajo de Schreiber sobre los «valores probatorios»<sup>159</sup>, pero esa misma teoría tiene seguidores bastante numerosos en la doctrina alemana<sup>160</sup>. No parece, de todos modos, que se deriven de ahí ideas particularmente originales respecto a las teorías «cuantitativas» que han sido ya examinadas: algunas veces se adopta la línea que parte de Ekelöf-Halldén-Erdman<sup>161</sup>, mientras que otras se adopta un concepto de probabilidad como frecuencia relativa que coincide sustancialmente con el que se expresa en el teorema de Bayes<sup>162</sup>. Especialmente en este segundo caso, resulta bastante fácil formular una definición general de probabilidad como frecuencia de un cierto fenómeno, afirmar que ésta es objetiva porque deriva de un cálculo y se expresa con números (habitualmente, siguiendo el modelo bayesiano, con valores entre 0 y 1) y, por tanto, proponer esta definición como instrumento de «objetivización» del valor de la prueba; una vez establecido esto, resulta relativamente fácil la aplicación del instrumental matemático derivado de la estadística para construir modelos de valoración para las situaciones más complejas, como las de las pruebas convergentes o contradictorias respecto a la misma hipótesis de hecho<sup>163</sup>.

También respecto de esta línea, no obstante, son válidas las consideraciones ya realizadas acerca de la versión bayesiana del uso del concepto de probabilidad como frecuencia relativa (y no faltan objeciones en esta dirección en la propia doctrina alemana<sup>164</sup>): habitualmente no existen en el proceso los datos que permiten calcular «objetivamente» esta frecuencia, debiéndose obviamente evitar el *escamotage* que consiste en atribuir valores numéricos incontrolados a las nociones genéricas ofrecidas por las máximas de experiencia<sup>165</sup>. Así, por ejemplo, la idea de que el «valor» de una prueba es calculable en función de la relación entre las pruebas verdaderas y las pruebas falsas del mismo género parece imposible por falta de los datos necesarios. Además,

159. Cf. Schreiber, *Theorie des Beweiswertes für Beweismittel im Zivilprozess*, Berlin-Heidelberg-New York, 1968, pp. 27, 33, 36, 38.

160. V. las referencias en las notas precedentes y cf. Patti, *op. cit.*, pp. 53 ss.

161. V., por ejemplo, Huber, *op. cit.*, pp. 26 ss.; Greger, *op. cit.*, pp. 94 ss.; Walter, *op. cit.*, pp. 142 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 154 ss.].

162. Cf. Schreiber, *op. cit.*, pp. 25 ss. V. también Bender, Röder y Nack, *op. cit.*, I, pp. 191 ss.; Koch y Rüssmann, *op. cit.*, pp. 318 ss.

163. V., por ejemplo, Bender, Röder y Nack, *op. cit.*, I, pp. 197 ss.; Schreiber, *op. cit.*, pp. 25 ss., 29 ss. V., además, también para ulteriores referencias, Huber, *op. cit.*, pp. 114 ss.

164. V., en especial, el análisis crítico de Huber, *op. cit.*, pp. 107 ss., y también Greger, *op. cit.*, pp. 101 ss.; Walter, *op. cit.*, pp. 173 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 194 ss.]; Musielak, *op. cit.*, pp. 111 ss., 113.

165. V., especialmente, Musielak, *op. cit.*, p. 113.

aunque se dispusiera de esos datos de una forma aceptable, queda la duda de si éstos sirven realmente, en todo caso insertados en un cálculo, para determinar el valor a atribuir a la prueba concreta: admitido que se conozca exactamente la frecuencia de las declaraciones testificales falsas en general, ¿es lícito sostener que esto determina de alguna forma el grado de aceptabilidad de la declaración testifical de Ticio en el caso X? Evidentemente no, ya que lo que interesa es establecer el grado específico de credibilidad de ese testigo en ese caso, no establecer si se corresponde, y en qué medida, con una hipotética tendencia general en materia de veracidad de las declaraciones testificales. Quizás podría ser un elemento útil —pero en todo caso no decisivo— la frecuencia de las declaraciones testificales falsas ofrecidas por Ticio si eso demostrara, y en la medida en que lo hiciera, una pronunciada tendencia de Ticio a la mentira, pero está claro que nos encontramos ante una hipótesis meramente teórica<sup>166</sup>.

En resumen, es muy raro que se disponga de frecuencias aceptables y exactas respecto de la prueba que se trata de valorar; y cuando existen queda todavía por verificar que sean de alguna manera significativas desde el punto de vista del grado de aceptabilidad que es necesario atribuir a la prueba concreta en el caso concreto<sup>167</sup>. Pero, si se tiene en cuenta esta dificultad, resulta imposible proponer una definición general (es decir, válida para todos los casos posibles) del valor de la prueba como valor numéricamente determinable sobre la base de las frecuencias objetivas que conciernen al tipo de prueba del que es necesario establecer la eficacia.

En lo que respecta a las adhesiones a la doctrina «sueca»<sup>168</sup>, se exponen a las mismas objeciones que valen para esa teoría y que han sido ya expuestas. Resulta infundado, en particular, el intento de construir una escala de valores probatorios atribuyendo una cuantificación numérica a calificaciones que Ekelöf, dándose cuenta de las respectivas dificultades, deja en cambio imprecisas<sup>169</sup>. Queda todavía por demostrar, por ejemplo, por qué una probabilidad es «alta» cuando es superior al 75% (y no cuando es superior al 80% o al 70%) o por qué es

166. La tesis examinada ha sido formulada, por ejemplo, por Schreiber (*op. cit.*), pero ha sido sometida a críticas radicales, con argumentos análogos a los mencionados en el texto, en especial por Walter, *op. cit.*, pp. 176 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 197 ss.], y Huber, *op. cit.*, pp. 108 ss.

167. Cf. Greger, *op. cit.*, pp. 102 ss.; Huber, *op. cit.*, p. 109; Prutting, *op. cit.*, pp. 202 ss.; Musielak, *op. cit.*, p. 109.

168. V., *supra*, nota 161.

169. Cf. Huber, *op. cit.*, p. 114.

equivalente a la verdad si es superior al 99,8% (y no, por ejemplo, al 99,5% o al 95% o a otros valores). Ejemplos de este tipo hacen evidente que se trata de cuantificaciones completamente arbitrarias, que en el mejor de los casos pueden ser empleadas como formas para expresar toscamente aproximaciones, pero que no tienen ningún significado aceptable<sup>170</sup>. Siendo así, es también evidente que aquéllas no pueden servir para construir distinciones precisas entre «grados de valor» de las pruebas, ni mucho menos como base para elaborar una teoría cuantitativa de la prueba fundada sobre cuantificaciones numéricas.

Así pues, es verdad que la doctrina de Ekelöf-Halldén-Erdman se acerca en distintos aspectos al problema de la valoración de las pruebas judiciales, mucho más de cuanto sucede con las más o menos toscas e inaceptables aplicaciones de conceptos derivados de la teoría estadística de la probabilidad<sup>171</sup>. Las versiones ofrecidas en la doctrina alemana no consiguen eliminar las dificultades de la teoría originaria; al contrario, precisamente porque están menos controladas desde el punto de vista metodológico, hacen evidentes sus carencias, que resultan manifiestas en el preciso momento en que se dan versiones cuantitativas apresuradas y sustancialmente inaceptables de un análisis conceptual que es, en sí mismo, apreciable.

3.3. *Los límites de la probabilidad cuantitativa.*—El sintético examen dedicado a las principales teorías fundadas sobre la adopción de concepciones cuantitativas de la probabilidad permite formular algunas observaciones de carácter general —en parte ya anticipadas— acerca de los problemas que éstas suscitan y de los límites con que se encuentra su aplicación.

Estas teorías parten de una doble premisa que puede ser sustancialmente compartida: por un lado, el recurso a la noción de probabilidad se ha convertido en inevitable, y no por casualidad es desde hace tiempo un lugar común, por el hecho de excluir que la verdad absoluta sea alcanzable (en general y/o en el proceso)<sup>172</sup>; por el otro, se reacciona contra el subjetivismo incontrolado en la valoración de las pruebas —que corre el riesgo de ser el verdadero contenido de la discrecionalidad reconocida al juez— mediante la construcción de «modelos de cálculo» que pretenden maximizar la objetividad de esa valoración a través del empleo de medidas cuantitativas y de valores numéricos,

170. Cf. Huber, *op. cit.*, pp. 178 s.

171. V., *supra*, apartado 3.3.

172. V., *supra*, apartado 1.



además de metodologías matemáticas sofisticadas capaces de producir determinaciones probabilísticas exactas.

Si bien estas exigencias son fundadas, es muy discutible la respuesta que se les da en términos de probabilidad como frecuencia estadística o, en todo caso, como cantidad calculable numéricamente.

Ante todo, es lícito dudar de que el recurso a las teorías estadísticas (o, más en general, pascalianas o cuantitativas) de la probabilidad sea necesario una vez que se adopta una línea probabilística; existen, en realidad, también las teorías de la probabilidad lógica (o baconiana) que —como se verá— pueden ser útiles en el ámbito probatorio<sup>173</sup>. El uso de las concepciones cuantitativas en este ámbito debería, pues, ser considerado como una elección de método (lo que habitualmente no se hace) y no darlo por descontado.

Por otra parte, la idea de que el uso del cálculo matemático es de por sí una garantía, o incluso la única garantía, de la racionalidad del razonamiento probatorio, está muy difundida, pero es *naïve* desde el punto de vista metodológico<sup>174</sup>. En efecto, es evidente que la racionalidad no coincide con el cálculo matemático y mucho menos con el cálculo probabilístico fundado sobre el teorema de Bayes o sobre reglas del cálculo estadístico<sup>175</sup>. Estos tipos de cálculos son ciertamente racionales si son aplicados correctamente (lo que, por otra parte, no siempre sucede en sus «versiones probatorias»), pero, obviamente, no se puede definir como «subjetivo» o «irracional» todo aquello que no se adapte a sus aplicaciones o no sea reconducible a sus condiciones de uso<sup>176</sup>. En resumen, esos cálculos no son en absoluto el único instrumento posible para racionalizar la valoración de las pruebas y el consiguiente juicio sobre las hipótesis de hecho.

Queda entonces por determinar si el recurso a las teorías cuantitativas de la probabilidad es, al menos, la opción metodológica más adecuada para resolver los problemas planteados por aquella valoración; pero también desde este punto de vista existen obstáculos relevantes.

El principal deriva del hecho de que cualquier teoría cuantitativa de la probabilidad y cualquier cálculo con el que se pretenda determinar la probabilidad numérica de algo presuponen una *cuantificación de partida*. En función de las versiones, ésta se puede referir a la fre-

173. V., *supra*, apartado 4.1.

174. Sobre el correspondiente «síndrome», v., *supra*, nota 130 e *ivi* en el texto.

175. Cf., en general, Goldman, *op. cit.*, pp. 311 ss.

176. Cf., por ejemplo, Huber, *op. cit.*, pp. 111 ss. Una posición de este tipo compartiría, en efecto, con la teoría cuantitativa un presupuesto erróneo, esto es, que sólo aquello que puede someterse al cálculo probabilístico cuantitativo es racional.

cuencia general de un fenómeno en un ámbito dado (las *prior probabilities* o las *base rate informations*) o al valor que *a priori* se atribuye a la probabilidad de un evento específico o al grado de aceptabilidad de una específica hipótesis fáctica (como, por ejemplo, en las teorías de Schafer o de Ekelöf). Esto es obvio desde el punto de vista matemático, ya que se trata simplemente de determinar las variables a las que se aplica el cálculo en el caso particular, pero es precisamente el punto que hace más problemática la aplicación de las teorías examinadas.

Por un lado, cuando se conjetura o se establece *a priori* o se escoge de partida el valor probabilístico a atribuir a un determinado evento o a una hipótesis específica, se acaba evitando el problema que, en cambio, debería ser resuelto. Éste se refiere precisamente a la determinación del grado de aceptabilidad que se atribuye a un elemento de prueba específico relativo a una cierta hipótesis de hecho. Este problema es irrelevante para el matemático, que se ocupa de las modalidades de un cálculo abstracto; en cambio, el mismo problema es decisivo en el proceso, donde ningún cálculo y ningún razonamiento es lícito si no parte de las modalidades de determinación del valor que se atribuye al elemento de prueba concreto<sup>177</sup>. Este valor no puede presuponerse o conjeturarse y, mucho menos, inventarse a placer: es precisamente lo que debe determinarse en sede de valoración de las pruebas. Por tanto, cualquier teoría de la prueba que no afronte este problema (como sucede por regla general en las teorías cuantitativas de la probabilidad) es incompleta bajo un aspecto esencial. No tiene mucho sentido, en realidad, elaborar cálculos sofisticados si los datos cuantitativos sobre los que se fundan son inciertos o inventados<sup>178</sup>.

177. En otros términos, y en referencia a teorías específicas ya discutidas: Schafer está interesado únicamente en la elaboración matemática de un determinado problema general y, por tanto, deja correctamente de lado el problema de la cuantificación de partida del *degree of belief*, aunque señalando su importancia y exacta naturaleza (v. Id., *A Mathematical Analysis*, cit., pp. 20 ss.). Ekelöf, en cambio, está interesado en elaborar una teoría de la prueba, pero no resuelve el problema de cómo se cuantifica el *evidentiary value* del elemento de prueba concreto (v. Id., *My Thoughts*, cit., pp. 12 ss.). Ambas teorías dejan sin resolver el problema del «valor» del elemento de prueba concreto, pero mientras que esto no incide en la coherencia del análisis de Schafer, sí pone en crisis la teoría de Ekelöf precisamente porque ésta pretende hacer «calculable» el resultado de las pruebas judiciales pero no determina un elemento esencial del cálculo. Por su parte, tampoco la doctrina bayesiana se ocupa del problema de cómo se determina el valor del elemento de prueba concreto, aunque ese valor, que se presupone cuantificado, entra en el cálculo; sin embargo, la mayor dificultad de esa doctrina no es ésta —que ya sería suficiente para negarla— sino la referente a las *prior probabilities* (al respecto, v., *infra*, en el texto).

178. El cálculo probabilístico, en efecto, es posible únicamente si se refiere a datos seguros: cf. Callen, *Notes*, cit., p. 4.

La misma observación vale para el otro tipo de dato cuantitativo que es necesario en el cálculo del tipo ejemplificado del teorema de Bayes, es decir, el que concierne a las frecuencias estadísticas de un determinado fenómeno en un ámbito dado. Como ya se ha señalado en distintas ocasiones, esos datos no están disponibles en la mayor parte de los casos concretos en los que se trata de valorar una prueba en juicio. Debe observarse que, para que el cálculo probabilístico sea posible y significativo, es necesario que se trate de datos relevantes para el hecho que se pretende conocer y precisamente determinados de forma aceptable: si falta la segunda condición el cálculo de la probabilidad cuantitativa no es posible; si falta la primera, es posible pero inútil, porque no dice nada significativo<sup>179</sup>.

Es algo raro, sin embargo, que se disponga de frecuencias de eventos relevantes para el caso específico. El desarrollo de algunos sectores de conocimiento, desde la economía a la estadística, desde la psicología experimental a los análisis biológicos o espectroscópicos, incrementa la proporción de situaciones en las que se tienen conocimientos de base, formulados en términos de frecuencia estadística, utilizables en el ámbito de la determinación de los hechos<sup>180</sup>. Está claro, por otra parte, que no cualquier conocimiento genérico referente al hecho a probar sirve para fundamentar la determinación del hecho, ya que también puede tratarse de conocimientos fundados pero que no pueden incidir en aquella (recuérdese el caso de los colores de los taxis). Deben considerarse como relevantes, en cambio, únicamente aquellos conocimientos de base de los que pueden extraerse inferencias sobre el hecho específico, es decir, sobre la aceptabilidad de las hipótesis que se refieren a él<sup>181</sup>. Mientras que disponer de conocimientos referentes genéricamente al tipo de hecho en cuestión es bastante habitual, es muy raro que el juez disponga de frecuencias estadísticas relevantes para la determinación del hecho específico<sup>182</sup>.

179. V., en especial, Cohen, *The Probable*, cit., pp. 300 ss., que subraya que el requisito de la relevancia es más importante que el de la alta probabilidad matemática. V., además, Callen, *op. ult. cit.*, pp. 4, 10, 15 ss., 20 ss.; Underwood, *op. cit.*, pp. 1 ss.; Allen, *op. cit.*, p. 32; Prütting, *op. cit., loc. cit.*

180. Cf., por ejemplo, Huber, *op. cit.*, p. 112; Schafer, *The Construction*, cit., 196 ss.; Cohen, *The Role of Evidentiary Weight*, cit., pp. 117 ss. Para una valoración particularmente amplia de las posibilidades de empleo de los datos de probabilidad estadística, cf. Eggleston, *op. cit.*, pp. 160 ss., 228 ss.

181. Cf. Callen, *op. ult. cit.*, pp. 10, 15 ss., 20 ss.; Id., *Adjudication*, cit., pp. 461 ss.

182. Cf. Callen, *Adjudication*, cit., pp. 467 ss. Un ejemplo significativo de uso de datos estadísticos no concernientes a la prueba del hecho, en materia de liquidación de los daños sobre la base de frecuencias estadísticas, puede verse en Nesson, *op. cit.*, pp. 1382 ss.

El requisito de la determinación precisa y aceptable remite a otro orden de problemas que también han sido mencionados. Éste se refiere a la circunstancia de que el juez, en realidad, dispone muy a menudo de conocimientos generales vinculados con el hecho a probar y útiles, de alguna manera, a los efectos de su determinación; es más, sin estos conocimientos la valoración de la prueba sería normalmente imposible. Se trata de las nociones derivadas de la experiencia común que encuentran su formulación sintética en las denominadas máximas de experiencia (las *Erfahrungssätze* de la doctrina alemana) y que desarrollan un papel relevante en la valoración de las pruebas. Estas nociones representan, pues, la base de conocimientos «generales» que sirven para la valoración de las pruebas y determinan en gran medida su resultado, como se verá más adelante<sup>183</sup>. El problema que importa particularmente en este punto es que esos conocimientos expresan nociones de sentido común que tienen como único fundamento el hecho de formar parte de la cultura del hombre medio en un cierto lugar y en un cierto momento. Este aspecto determina la importancia de esas nociones<sup>184</sup>, pero también sus límites epistemológicos: unas veces, en efecto, son vulgarizaciones de leyes lógicas o naturales, de modo que existe —al menos en teoría— la posibilidad de fundar la valoración de las pruebas sobre esas leyes. Más a menudo, en cambio, estas bases no existen y las máximas de experiencia expresan únicamente toscas generalizaciones, tendencias genéricas, opiniones o prejuicios difundidos, en cuya base está la cultura del sentido común sin convalidación o confirmación alguna de tipo científico. En particular, incluso cuando expresan tendencias, frecuencias o prevalencias de ciertos fenómenos en determinados contextos, consisten en indicaciones y criterios muy genéricos y vagos a los que no se puede aplicar ninguna cuantificación de forma aceptable<sup>185</sup>. Aunque estén formuladas en términos numéricos,

183. V., *infra*, capítulo IV, 2 y 3.

184. Sobre el papel de las *background knowledges* de sentido común como obstáculos para la cuantificación probabilística, v., en especial, Schum, *Beating and Boulting*, cit., pp. 206 ss.; Cohen, *The Probable*, cit., p. 247; Tillers, en Wigmore, *op. cit.*, I, pp. 1077 ss.

185. En general, sobre estas características de las nociones derivadas de la experiencia común, cf. Taruffo, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, en *Foro It.*, V, 1974, pp. 90 ss. (donde se pueden encontrar también otras referencias bibliográficas). También cf. Cohen, *op. y loc. ult. cit.*; Schum, *op. y loc. ult. cit.*; Musielak, *op. cit.*, p. 113; Eggleston, *op. cit.*, pp. 44 ss., 144 ss. Este aspecto importantísimo de las máximas de experiencia es totalmente olvidado por Koch y Rüssmann (*op. cit.*, pp. 285 ss.), según los cuales las máximas de experiencia sólo pueden ser «deterministas», es decir, constituidas por reglas generales o «estadísticas» o, lo que es lo mismo, constituidas por frecuencias cuantificadas precisamente. Esta premisa sirve para aplicar los métodos de la probabilidad

como a veces ocurre, se trata únicamente de una forma de expresar tendencias o relaciones entre fenómenos que en realidad son entendidos de un modo vago e incontrolado: por tanto, es imposible usar cuantificaciones, ficticias y poco aceptables<sup>186</sup>, como frecuencias definidas precisamente e idóneas para ofrecer las *prior probabilities* necesarias para el cálculo probabilístico. Se trata, en definitiva, de nociones útiles y significativas en sede de valoración de las pruebas, pero que tienen la irreductible característica —en la gran mayoría de los casos— de ser vagas y de no prestarse, por tanto, a cuantificación precisa alguna.

También bajo este aspecto, pues, parece bastante evidente la imposibilidad de construir modelos generales fundados sobre el cálculo cuantitativo de la probabilidad, debiéndose considerar «normal», o al menos muy frecuente, la situación en la que falta, y no es cuantitativamente determinable, una u otra de las premisas desde las que el cálculo debería partir en los casos concretos. En consecuencia, esos modelos siguen siendo a veces interesantes en el plano especulativo, pero no constituyen un esquema general aceptable de racionalización de la valoración de las pruebas.

3.4. *La «prueba estadística»*.—Todo esto no significa que la probabilidad cuantitativa, en especial en la forma de frecuencias estadísticas, no tenga ningún papel en el ámbito del razonamiento probatorio. Al contrario, ésta puede desarrollar un papel extremadamente importante cuando se dan las condiciones para el correcto empleo de datos estadísticos a los efectos probatorios. Se dan esas condiciones cuando se dispone de datos estadísticos que están apoyados en fundamentos científicos: no por casualidad, normalmente la denominada prueba estadística se realiza mediante un dictamen técnico, precisamente con la finalidad de garantizar la exactitud del dato estadístico que se usa<sup>187</sup>. Otras condiciones se refieren a la relevancia de ese dato respecto del

estadística al uso de las máximas de experiencia (v., ampliamente, *ivi*, pp. 287 ss., 308 ss., 341 ss.), pero está claramente infundada. En efecto, son absolutamente excepcionales los casos en los que las máximas de experiencia corresponden a reglas generales o a frecuencias estadísticas precisamente determinadas; prevalecen, en cambio, por mucha diferencia, los supuestos en que se trata de meras generalizaciones (no «generales», en sentido propio) que no están estadísticamente cuantificadas. Entonces, el concepto de *Ehrfahrungssatz* usado por Koch y Rüssmann no es aceptable y el modelo del cálculo estadístico adoptado por ellos sobre la base de aquel concepto no es en absoluto generalizable.

186. Sobre los errores de las cuantificaciones de sentido común, v., ampliamente, Nisbett y Ross, *op. cit.*, pp. 43 ss., 93 ss., 127 ss., 167 ss.

187. Sobre la conveniencia de los dictámenes técnicos en este campo, v., en especial, Eggleston, *op. cit.*, pp. 145 ss., 154 ss.

hecho que se trata de determinar: ésta no constituye un problema cuando el propio resultado de la prueba está formulado en términos de probabilidad estadística, como sucede en las pruebas hematológicas o biológicas o en el caso de los diagnósticos médicos<sup>188</sup>. Otras veces, en cambio, puede ocurrir que el dato estadístico sea cierto y esté disponible, pero que su relevancia sea discutible o inexistente respecto al hecho específico que se trata de determinar<sup>189</sup>: por ejemplo, los análisis experimentales de psicología cognitiva determinan la frecuencia con la que se producen en un ámbito dado fenómenos referentes a la percepción o a la memoria de determinados hechos<sup>190</sup>, pero *a priori* no es en absoluto seguro que ofrezcan datos estadísticos directamente utilizables para verificar la aceptabilidad de una declaración testifical específica en un determinado caso concreto.

Un ámbito adicional de utilización probatoria de los análisis estadísticos se da en las situaciones —analizadas en su momento— en las que se acaba renunciando a una determinación directa y completa de los hechos concretos jurídicamente relevantes y se sustituye esta determinación por un dato de probabilidad estadística referente a determinados fenómenos. Con independencia de si esa conversión del hecho en dato estadístico es aceptable desde el punto de vista sustancial, está claro que se trata de hipótesis en las que la frecuencia cuantitativa de un determinado fenómeno en un contexto dado deviene la base fundamental de la decisión<sup>191</sup>.

La prueba estadística o, más en general, el empleo de probabilidades estadísticas a efectos probatorios tiene, pues, un papel importante que crece con la extensión del uso de metodologías científicas en sectores probatorios específicos. Pero parece excesivo sostener que ésa sea o vaya a ser el tipo de prueba prevaleciente si se tiene en cuenta que sólo en determinadas condiciones es utilizable correctamente el dato estadístico y resulta apto para producir resultados realmente significativos. Así pues, parece infundada cualquier tesis que pretenda genera-

188. Cf. Cohen, *The Role of Evidential Weight*, cit., pp. 117 ss.; Callen, *Notes*, cit., p. 39; Schafer, *The Construction*, cit., pp. 196 ss.; Brilmayer, *op. cit.*, pp. 150 ss.; Eggleston, *op. cit.*, pp. 165 s. V. además el amplio análisis de Finkelstein, *Quantitative Methods*, cit., pp. 6, 59 ss., y también Barnes, *Statistical Proof. Fundamentals of Quantitative Evidence*, Boston-Toronto, 1983, pp. 33 ss.; Curtis y Wilson, *The Use of Statistics and Statisticians in the Litigation Process*, en *Jurim. J.* 20, 1979, pp. 109 ss.

189. Se trata sustancialmente del problema de las *prior probabilities* que se ha discutido anteriormente.

190. V., por ejemplo, el panorama trazado por Goldman, *op. cit.*, pp. 181 ss., 199 ss., 227 ss., y también Nisbett y Ross, *op. cit.*, pp. 24 ss., 53 ss., 274 ss.

191. Sobre esta hipótesis, v., *supra*, capítulo II, 5.2.

lizar el empleo de las frecuencias estadísticas hasta convertirlas en una especie de modelo general de prueba, por las razones, ya mencionadas, que se oponen al uso generalizado de modelos probabilísticos de tipo cuantitativo.

Por otra parte, debe subrayarse, a este respecto, que el empleo de datos estadísticos a efectos probatorios no significa en absoluto que la prueba asuma la estructura del cálculo estadístico ni que su resultado asuma un valor de probabilidad como frecuencia relativa equivalente al que se encuentra en el dato estadístico utilizado. La probabilidad estadística de un cierto evento constituye de por sí un elemento utilizable a los efectos de establecer el grado de fundamentación de las hipótesis sobre el hecho<sup>192</sup>, pero no determina cuantitativamente ese grado.

Si el análisis estadístico dice que existe una probabilidad de  $1/n$  de que dos personas tengan las mismas huellas digitales o los mismos caracteres hematológicos o genéticos, esto no significa que la hipótesis de la identificación de Ticio tenga por ello mismo un valor probabilístico igual a  $1/n$ . Baste constatar, por ejemplo, que en el caso de las huellas digitales esto daría un valor probabilístico bajísimo, prácticamente tendente a 0, que haría absurdo utilizar la correspondiente prueba. En cambio, es la bajísima frecuencia estadística de un cierto evento (dos personas con las mismas marcas distintivas consideradas relevantes para «asimilar» las respectivas huellas) la que permite considerar dotada de un elevado grado de fundamentación la hipótesis de la identificación<sup>193</sup>.

Pero el grado de fundamentación de las hipótesis no coincide con la frecuencia (negativa o positiva) de sucesos del tipo del que se pretende probar: el dato estadístico puede ser útil y, a veces, decisivo a los efectos de la prueba, pero no es de por sí suficiente para constituir la prueba del hecho<sup>194</sup>. Lo que el juez debe hacer utilizando el dato esta-

192. Entre las muchas opiniones en este sentido, v., en especial, Cohen, *The Probable*, cit., pp. 83 ss.; Id., *The Role of Evidential Weight*, cit., pp. 123 s.; Schafer, *The Construction*, cit., pp. 188 ss.; Walter, *op. cit.*, p. 175 [tr. cast., *op. cit.*, p. 196]; Huber, *op. cit.*, p. 113. Cf., en general sobre la distinción entre justificación y frecuencia estadística, Goldman, *op. cit.*, pp. 90 ss., donde, por otra parte, se admite que pueden usarse datos estadísticos como elementos de justificación.

193. Sobre el problema de las huellas digitales, v., en especial, Eggleston, *op. cit.*, p. 164. Sobre el tema, y con amplias consideraciones acerca de los errores que pueden derivarse de la utilización impropia de datos estadísticos, v., en especial, Tribe, *op. cit.*, pp. 1329 ss. Cf. también Schafer, *op. ult. cit.*, pp. 196 ss.; Nesson, *op. cit.*, pp. 1377 ss.; N. B. Cohen, *op. cit.*, pp. 388 ss. Para un notable ejemplo de «probabilismo cuantitativo ingenuo» v., en cambio, Koch y Rüssmann, *op. cit.*, pp. 316 ss.

194. Se trata de un punto compartido de forma casi general: cf., en especial, Tribe, *op. cit.*, pp. 1349 ss.; Barnes, *op. cit.*, pp. 31 ss.; Benenson, *Probability, Objectivity and*

dístico es colmar la distancia existente entre la frecuencia estadística, que de por sí no se refiere al hecho específico a probar, y la hipótesis sobre ese hecho específico, que es el verdadero objeto de la decisión<sup>195</sup>.

Este pasaje no está —por decirlo así— «incluido» en el cálculo estadístico y, por tanto, los resultados de ese cálculo deben ser asumidos al objeto de una ulterior valoración, dirigida a establecer si pueden representar, y, en su caso, en qué grado, elementos de aceptabilidad de las hipótesis sobre el hecho que se trata de probar<sup>196</sup>. En este sentido, está claro que el modelo de cálculo de probabilidad estadística no puede representar el esquema lógico de la valoración de la prueba: más bien, es un procedimiento que en ciertos casos y en determinadas condiciones puede ofrecer elementos de prueba, cuya utilización a los efectos de la determinación del hecho se produce, sin embargo, según el esquema del grado de confirmación de las respectivas hipótesis que ofrezcan los elementos de prueba.

4. *La probabilidad lógica.*—La probabilidad cuantitativa, o pascaliana, ha sido la concepción que, en una u otra de sus versiones, ha inspirado el mayor número de intentos de racionalización de la incertidumbre que típicamente caracteriza la determinación de los hechos en el proceso. Sin embargo, ésta no es la única teoría disponible de la probabilidad, de forma que su fracaso —constatado anteriormente— como teoría de la valoración de la prueba no excluye que el problema sea afrontado desde una perspectiva distinta pero siempre en el contexto de las concepciones probabilísticas.

Es conocido, por otra parte, que la probabilidad pascaliana representa únicamente una de las dos grandes líneas de la concepción de la probabilidad; la otra está constituida por la probabilidad que ha sido

*Evidence*, London-Boston-Melbourne-Henley, 1984, pp. 48 ss.; Kaye, *Naked Statistical Evidence*, cit., p. 603; N. B. Cohen, *op. cit.*, p. 391; Callen, *Notes*, cit., p. 38; Brilmayer, *op. cit.*, p. 150; Underwood, *op. cit.*, pp. 7, 8 ss. Resulta, en cambio, totalmente minoritaria y carente de justificaciones convincentes la tendencia a sostener que el dato estadístico puede constituir por sí solo prueba del hecho. Cf. Shaviro, *op. cit.*, pp. 530 ss.; Koehler y Shaviro, *op. cit.*, pp. 247 ss., pero v. también al respecto las críticas profundas de Callen, *Adjudication*, cit., pp. 459 ss.

195. Cf. N. B. Cohen, *ibid.*; Brilmayer, *ibid.*; Tribe, *ibid.*

196. Cf. Schafer, *op. ult. cit.*, pp. 188 ss., 195, 196 ss.; Schum, *Beating and Boulding*, cit.; Cohen, *The Probable*, cit., pp. 83 ss. Barnes, *op. cit.*, p. 31, aclara que el dato estadístico es una ayuda para formular inferencias sobre el hecho a probar porque, cuando existe, atribuye a esas inferencias una base más objetiva; no obstante, se trata siempre de formular inferencias del dato estadístico al hecho que es necesario probar. En particular, sobre las condiciones elaboradas por la jurisprudencia norteamericana para el empleo de datos estadísticos a los efectos probatorios, cf. Underwood, *op. cit.*, pp. 5 ss.



definida, por contraste, como «baconiana» o «lógica»<sup>197</sup>. Ésta tiene como característica fundamental que no busca la determinación cuantitativa de las frecuencias correspondientes a clases de eventos, sino racionalizar la incertidumbre correspondiente a la hipótesis sobre un hecho, reconduciendo su grado de fundamentación al ámbito de los elementos de confirmación (o de prueba) disponibles con relación a esa hipótesis. En esta concepción el grado de probabilidad de las hipótesis equivale al grado en que los elementos de confirmación les ofrecen sustento<sup>198</sup>.

La concepción baconiana de la probabilidad tiene, por su parte, una larga historia y una importancia notable, aunque por varias razones ha sido la probabilidad pascaliana la que ha sido asumida por el sentido común y ha inspirado la idea corriente de la probabilidad<sup>199</sup>.

Dos son los principales campos de aplicación de la concepción baconiana de la probabilidad. El primero, que no es directamente relevante para nuestro tema, está referido al tradicional y complicadísimo problema de la justificación de la inducción, es decir, de las condiciones en cuya presencia se puede sostener que una aserción de contenido general o cuasi-general de naturaleza no axiomática está fundamentada. En otros términos, se trata de explicar cómo puede fundamentarse una generalización sobre la inducción a partir del conocimiento de un cierto número de casos particulares<sup>200</sup>.

El otro campo de aplicación, que sí es relevante en esta sede, está referido al problema de la fundamentación de hipótesis sobre eventos particulares y específicos con relación a los elementos de prueba disponibles en cada momento.

El problema de la justificación de la inducción ha sido considerado por gran diferencia más interesante desde el punto de vista filosófico y ha sido discutido ampliamente, y continúa siéndolo, de forma que esta versión de la concepción baconiana ha sido objeto de una amplia elaboración. Sin embargo, lo mismo no puede decirse del problema de la confirmación probatoria de hipótesis sobre hechos individuales, de modo que a este respecto el panorama resulta mucho menos rico; una

197. Sobre los orígenes de esta concepción, cf. Hacking, *op. cit.*, pp. 24 ss., 51 ss.; Cohen, *An Introduction*, cit., pp. 4 ss. V. también Tillers, en Wigmore, *op. cit.*, I, pp. 1072 ss.

198. Cf., en especial, Cohen, *The Probable*, cit., pp. 13 ss., 36 ss.; Id., *An Introduction*, cit., *loc. ult. cit.*

199. V. las indicaciones en las notas precedentes.

200. Cf., especialmente, Cohen, *The Probable*, cit., pp. 121 ss.; Id., *An Introduction*, cit., pp. 145 ss.; Hacking, *op. cit.*, pp. 235 ss.; Dessì, *op. cit.*, pp. 59 ss.

de las razones de ello es que los juristas, de quienes podía esperarse que se ocuparan principalmente de este problema, se han contentado habitualmente con aproximaciones genéricas o remisiones al sentido común. No obstante, no faltan los intentos de elaborar teorías lógicas de la valoración de las pruebas que, aunque sin citar expresamente a Bacon, han seguido una línea análoga a la de éste, excluyendo el empleo de las nociones de probabilidad cuantitativa. Baste considerar al respecto la teoría de las pruebas elaborada por Jeremy Bentham o el método denominado del *chart* con el que Wigmore trató de dar forma racional a las distintas situaciones probatorias con relación al grado de confirmación a atribuir a la hipótesis sobre el hecho<sup>201</sup>.

4.1. *La probabilidad baconiana.*—En la doctrina moderna el intento más relevante de considerar el problema de la prueba de los hechos desde la perspectiva de la probabilidad baconiana, es decir, en los términos del grado de confirmación que los elementos de prueba atribuyen a la hipótesis sobre el hecho<sup>202</sup>, ha sido realizado por Jonathan Cohen. Este autor ha desarrollado una crítica muy aguda y profunda, la primera que ha sido formulada en términos elaborados y con gran conocimiento metodológico, de la doctrina bayesiana aplicada a la valoración de la prueba<sup>203</sup>, iniciando así la crisis de la ortodoxia bayesiana ya mencionada anteriormente. Ese ataque crítico ha suscitado muchas reacciones y discusiones<sup>204</sup>, aunque sólo sea porque en muchos aspectos es acertado, de forma que la *pars destruens* de la teoría de Cohen ha acabado siendo más conocida (o, al menos, citada) que la correspondiente *pars construens*. Ésta contiene, sin embargo, algunos conceptos que parecen fundamentales a los efectos de un correcto planteamiento del problema de la prueba en términos de probabilidad inductiva.

El primero de esos conceptos se refiere precisamente a la noción de probabilidad como graduación de la posibilidad de fundar inferencias relativas a una hipótesis fáctica sobre la base de las pruebas dispo-

201. V. sobre el tema el amplio análisis de Twining, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, London, 1985, pp. 19 ss., 52 ss., 109 ss., 125 ss., 173 ss.

202. Obsérvese, sin embargo, que una concepción en muchos sentidos análoga, basada principalmente en la teoría de la confirmación lógico-probabilística de las hipótesis y elaborada por Rudolf Carnap, ha sido a veces aplicada a la problemática de la prueba: v. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., pp. 231 s. Para una crítica al respecto, v., entre lo más reciente, Besso Marcheis, *op. cit.*, pp. 1134 ss.

203. Cf. Cohen, *The Probable*, cit., pp. 49 ss.

204. Cf., por ejemplo, Allen, *op. cit.*, pp. 22, 23 ss. También se incluyen amplias discusiones de las tesis de Cohen en los artículos recogidos en el volumen *Probability and Inference in the Law of Evidence*, varias veces citado. V. también Eggleston, *op. cit.*, pp. 34 ss.

nibles, es decir, como graduación de la *provability* de esa hipótesis<sup>205</sup>. Esta noción tiene la ventaja, desde el punto de vista que aquí importa, de no apoyarse sobre las frecuencias generales de clases de eventos sino sobre los elementos de prueba en función de los cuales diversas inferencias se presentan como apropiadas según los tipos de elementos de prueba de que se disponga. Es, pues, la prueba la que constituye la base del razonamiento y determina el tipo de conclusión que se puede extraer válidamente<sup>206</sup>.

Otro elemento interesante consiste en definir la probabilidad como grado de *inferential soundness*, es decir, en función del tipo de inferencia que se puede extraer a partir de los elementos disponibles con relación a la hipótesis que se trata de confirmar<sup>207</sup>.

En general, son posibles distintos tipos de inferencia según la naturaleza de los elementos de prueba (y obviamente de la naturaleza de la hipótesis de la que se discute)<sup>208</sup>, pero es importante vincular la confirmación de las hipótesis a la naturaleza de la inferencia de la que aquélla es la conclusión. Por otra parte, la naturaleza de la inferencia sitúa de nuevo el problema en los elementos de confirmación, de forma que la probabilidad de la hipótesis producto de la inferencia es también expresable en términos de *evidential weight*, es decir, precisamente, del grado de apoyo que los elementos de prueba ofrecen a la hipótesis sobre el hecho<sup>209</sup>.

En un contexto de este género el problema fundamental de la prueba (también) judicial resulta ser, pues, el de la conexión lógica entre la prueba y la hipótesis sobre el hecho; esa conexión determina el grado de apoyo inferencial que corresponde a la hipótesis sobre la base de la prueba, siendo evidente que el incremento de ese grado (debido, por ejemplo, a la acumulación de más elementos de prueba convergentes hacia la misma conclusión)<sup>210</sup> implica un incremento de la probabilidad de la hipótesis. Una vez establecida la estructura inferencial del

205. Cf. Cohen, *The Probable*, cit., pp. 13 ss.

206. El vínculo del concepto de probabilidad con la *evidence* disponible es un dato fundamental en las teorías lógicas (no así en las *frecuentistas* o cuantitativas) de la probabilidad: cf., ampliamente, Benenson, *op. cit.*, pp. 13 ss., 24 ss.

207. Cf. una vez más Cohen, *op. ult. cit.*, pp. 14, 27 ss.

208. Cf. la tipología elaborada por Cohen, *op. ult. cit.*, pp. 17 ss.

209. Cf. Cohen, *op. ult. cit.*, 213 ss. Para una definición general del *weight of evidence* como elemento que determina el grado de apoyo de una aserción cf. Schafer, *A Mathematical Analysis*, cit., p. 77 (también pp. 88 ss. y 97 para ulteriores desarrollos matemáticos de este concepto).

210. Para el análisis formal de la acumulación de *weights of evidence* cf. Schafer, *op. ult. cit.*, pp. 89 ss.

grado de apoyo de la hipótesis, se obtiene que los problemas planteados por situaciones probatorias complejas se resuelven articulando esa estructura y derivando de combinaciones articuladas de inferencias el grado «final» de probabilidad que los elementos de prueba atribuyen a las diversas hipótesis<sup>211</sup>.

En cuanto a los criterios en función de los cuales pueden ser formuladas las inferencias sobre la prueba, Cohen subraya correctamente que —como ya se ha observado con anterioridad— habitualmente no se dispone en juicio de datos estadísticos relevantes para la determinación de la eficacia de la prueba, lo que excluye la posibilidad de utilizar el cálculo matemático de la probabilidad<sup>212</sup>. Cohen subraya que normalmente se utiliza un gran número de *common sense presumptions* y de generalizaciones extraídas de la experiencia común. Éstas ofrecen informaciones sobre lo que sucede normalmente o se espera que suceda y, por tanto, no tienen validez general y nada garantiza que valgan en el caso particular<sup>213</sup>. Se trata evidentemente de conocimientos no cuantificados y, por tanto, no sujetos a cálculos, que sin embargo funcionan como criterios de inferencia capaces de vincular los elementos de prueba con la hipótesis fáctica sometida a confirmación, atribuyendo a esta última un cierto grado de apoyo inductivo.

En el centro de esta teoría, y en un plano epistemológico más general respecto al que importa en el ámbito del proceso, se sitúa el concepto de probabilidad inductiva como grado de apoyo de una hipótesis fundada sobre pruebas relevantes concretamente disponibles<sup>214</sup>.

En algún sentido, como es fácil de observar a partir de esta síntesis, la teoría de Cohen consiste en una reformulación de ideas que de una forma más o menos confusa pueden, sin embargo, considerarse bastante familiares para el jurista que se ocupa de los problemas de la prueba desde un plano teórico general. No obstante ello, la teoría de Cohen es importante por diversas razones que explican que se haga aquí una amplia y explícita referencia a la misma.

Una de estas razones es que algunas veces los juristas afirman que tratarán la problemática de la prueba según el método de la probabili-

211. Para consideraciones más detalladas y ulteriores referencias v., *infra*, capítulo IV, 4.

212. V., *supra*, apartado 3.3.

213. Cf. Cohen, *op. ult. cit.*, pp. 247 ss., 275 s., e Id., *The Role of Evidentiary Weight*, cit., pp. 123 s.

214. V., ampliamente, Cohen, *The Probable*, cit., pp. 121 ss., 199 ss., 217 ss. Sobre la noción de probabilidad inductiva v. también Benenson, *op. cit.*, pp. 25 s., 41 ss., 68 ss. Desde el punto de vista histórico, cf. Hacking, *op. cit.*, pp. 182 ss.; Dessì, *op. cit.*, pp. 59 ss., 145 ss.

dad lógica o inductiva, pero a menudo esta percepción no va más allá de la formulación de unas pocas y confusas ideas. En cambio, el discurso de Cohen parte de intuiciones muy próximas a las del jurista, pero las desarrolla y las racionaliza de forma clara y sistemática, sin alejarse del problema de la prueba judicial, sino precisamente concentrándose en él<sup>215</sup>.

Otra razón de interés es que el análisis de Cohen no sólo pone en evidencia muchas de las incoherencias y de las dificultades de la teoría cuantitativa de la probabilidad aplicada a la prueba, sino que ofrece una demostración convincente de que esa teoría no es necesaria en absoluto para racionalizar en términos probabilísticos el problema de la valoración de las pruebas<sup>216</sup>. En cambio, puede alcanzarse una racionalización más satisfactoria en términos de probabilidad lógica<sup>217</sup>.

Una tercera razón de interés es que Cohen no se limita a conjeturar la posibilidad de alguna teoría lógica de la probabilidad aplicable al problema de las pruebas judiciales, sino que elabora y desarrolla esa teoría a un nivel epistemológico general para después aplicarla al problema de la prueba. Las soluciones que son aportadas de esta forma tienen, pues, una base teórica y epistemológica que habitualmente no está presente en las diversas teorías «jurídicas» de la prueba y de su valoración<sup>218</sup>.

Estas observaciones no demuestran, obviamente, que la teoría de Cohen sea la única posible o la única válida, ni que todo lo que ha escrito Cohen al respecto sea necesariamente correcto y tampoco que haya afrontado y resuelto adecuadamente todos los problemas de la teoría inductiva de la probabilidad y de la valoración judicial de las pruebas. Sí justifican, en cambio, la hipótesis de que esa teoría es muy útil y que puede ser asumida como punto de partida de, y como guía para, un análisis racional de los problemas principales que afectan a la determinación judicial de los hechos.

4.2. *Los «conjuntos vagos» y el razonamiento aproximado.*—Uno de los problemas que la teoría cuantitativa de la probabilidad intenta resolver —sin éxito, por las razones ya estudiadas— deriva del hecho de

215. V., en efecto, Id., *The Probable*, cit., pp. 245 ss. V. también Id., *The Role of Evidentiary Weight*, cit.; *Freedom of Proof*, en *Facts in Law*, ed. por W. Twining, ARSP, Beihaft n.º 16, Weisbaden, 1983, pp. 1 ss.; *The Logic of Proof*, en *Crim. L. Rev.*, 1980, pp. 91 ss.

216. V., en efecto, Id., *The Probable*, cit., pp. 56 ss., y *The Role of Evidentiary Weight*, cit., pp. 123 ss.

217. Cf. *The Probable*, cit., pp. 245 ss., 265 ss.

218. V. *op. ult. cit.*, pp. 121 ss., 282 ss., 310 ss.

que muy a menudo se utilizan, en el razonamiento probatorio y en el común, nociones vagas. La vaguedad del significado de los términos, y por tanto de las nociones, de los conceptos y de las calificaciones, no es, en efecto, una característica exclusiva de las normas jurídicas, aunque sea la vaguedad de las normas la que llame más la atención de los juristas y de los teóricos del derecho<sup>219</sup>. Ésta es, en cambio, y como es obvio, una característica muy difundida del lenguaje natural<sup>220</sup> y también del lenguaje «fáctico» que caracteriza de un modo especial el razonamiento probatorio. Calificaciones como «alto», «pesado», «veloz», «costoso», «viejo», «grande», «muchos», «habitualmente», «en la mayor parte de los casos», etc., son típicamente vagas porque expresan valoraciones o características significativas pero que carecen de determinación precisa<sup>221</sup>. Por otra parte, es obvio que calificaciones de este tipo figuran muy a menudo en la determinación de los hechos, ya sea porque son las propias normas las que ofrecen definiciones valorativas<sup>222</sup> o, simplemente, porque aquéllas representan una característica constante del lenguaje ordinario. El problema que se deriva de ello no es únicamente que esas calificaciones tienen habitualmente naturaleza valorativa y no rigurosamente fáctica, sino principalmente que introducen, precisamente en la medida en que son vagas, elementos de indeterminación e imprecisión en el discurso<sup>223</sup>, de forma que resulta dudosa la posibilidad de construir un discurso racional respecto de, por ejemplo, la identificación del grado de aceptabilidad que las pruebas atribuyen a las hipótesis sobre el hecho. Baste observar, en efecto, que

219. V., *supra*, capítulo II, 2.2.

220. Sobre las definiciones generales de los conceptos de vaguedad extensional e intensional, cf. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, pp. 16 ss., 23 ss.; Fine, *Vagueness, Truth and Logic*, en *Synthese* 30, 1975, pp. 265 ss.

221. Es aplicable aquí la definición de vaguedad como indeterminación de los confines del significado, sobre la que se puede ver Luzzati, *op. cit.*, pp. 47 ss.; Diciotti, *Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato*, en *Analisi e diritto*, 1992, pp. 97 ss.; Wright, *On the Coherence of Vague Predicates*, en *Synthese* 30, 1975, pp. 330 ss. En general, sobre las nociones de vaguedad, de predicado vago, de variedad de los enunciados vagos, de lógica de los enunciados vagos, cf. Fine, *op. cit.*, pp. 267 ss., 183 ss.; Dummett, *Wang's Paradox*, en *Synthese*, 30, 1975, pp. 304 ss., 309 ss.; Wheeler, *Reference and Vagueness*, *ibid.*, pp. 368 ss. En especial sobre los conceptos de *penumbral connections* y de *penumbral truth*, típicos de las relaciones entre enunciados vagos, cf. Fine, *op. cit.*, p. 270.

222. Sobre las definiciones valorativas de los hechos, v., *supra*, capítulo II, 3.

223. Sobre la vaguedad como carencia de correlación entre el lenguaje y la experiencia y, por tanto, como característica del discurso y de su significado, v., en general, Luzzati, *op. cit.*, pp. 13 ss., 17 s. Al respecto, v. también Quine, *Word and Object*, cit., pp. 125 ss. [tr. cast., *Palabra y objeto*, pp. 137 ss.].

esas hipótesis, y las proposiciones que expresan los elementos de prueba, contienen normalmente términos vagos, de forma que permanece dudoso si entre ellos pueden instaurarse relaciones significativas y dotadas de un mínimo de controlabilidad racional.

Frente a los conceptos vagos y a las proposiciones que los contienen (y que, por tanto, resultan a su vez más vagas cuanto más emplean conceptos y calificaciones de ese tipo)<sup>224</sup>, pueden adoptarse distintas actitudes y en consecuencia distintas soluciones posibles.

Una primera posibilidad<sup>225</sup> consiste en eliminar la vaguedad sustituyendo la calificación vaga por una determinación precisa o por una valoración adecuada para resolver el problema<sup>226</sup>. Si, por ejemplo, frente a la aserción «Ticio es alto» es posible medir la altura de Ticio, la vaguedad se elimina diciendo: «resulta que Ticio mide 1,80 m de altura». De esta forma, el hecho es determinado de una forma no vaga. Del mismo modo, la expresión vaga «el sol se había puesto hacía poco» puede ser sustituida por la expresión precisa «el sol se había puesto a las 18,45». También algunas cuantificaciones vagas pueden ser «precisadas» por datos estadísticos precisos: «la inflación en los años setenta era alta» equivale, en efecto, a un conjunto de datos determinables con exactitud. Cuando la valoración contenida en la determinación vaga no puede ser eliminada con una medida, el problema puede ser igualmente resuelto: si se trata de decir que se ha verificado un daño grave, es necesario por un lado cuantificar el daño (lo que equivale a dar una medida precisa del mismo) y, por el otro, la valoración de la «gravidad» debe ser formulada por separado de acuerdo con una determinada escala de valores<sup>227</sup>. En este caso la vaguedad es eliminada en lo que se refiere a la cantidad del daño y permanece, en cambio, respecto de su gravedad: sin embargo, sólo el primero afecta a la determinación del hecho, mientras que el segundo afecta a la valoración del hecho condicionante, es decir, a la aplicación de la norma que define valorativamente el propio presupuesto.

Cuando la vaguedad es sólo aparente o no afecta propiamente al hecho o, en todo caso, puede ser eliminada mediante medidas o deter-

224. Sobre los «grados de vaguedad» v. Luzzati, *op. cit.*, pp. 92 ss.; Wright, *op. cit.*, pp. 348 ss.

225. No se toman en consideración aquí todas las posibles actitudes frente a la vaguedad (sobre las que se puede ver Luzzati, *op. cit.*, pp. 83 ss.), sino únicamente aquellas que parecen útiles de alguna forma para eliminar o reducir la vaguedad de enunciados relativos a hechos a probar, a elementos de prueba o a reglas de inferencia.

226. Sobre esta posibilidad cf. Luzzati, *op. cit.*, p. 91; Fine, *op. cit.*, pp. 271 ss.; Wright, *op. cit.*, p. 335.

227. Al respecto, v., *supra*, capítulo II, apartado 3.

minaciones precisas, el problema es superado en la medida en que el hecho puede ser definido en términos no vagos, y lo mismo puede suceder para los elementos de prueba.

Sin embargo, la complicación se deriva del hecho de que no siempre, es más, raras veces, la vaguedad es resoluble de alguna forma. Sucede a menudo, en efecto, que la vaguedad resulta irresoluble porque no existen procedimientos adecuados para medir el hecho o simplemente porque no es posible medirlo en la situación concreta. Por ejemplo, un testigo puede decir que «Ticio es alto» o que «el automóvil se desplazaba muy rápidamente» sin que sea posible sustituir las calificaciones vagas por datos precisos.

El problema, entonces, es determinar si en esos casos es igualmente posible un procedimiento racional que vincule proposiciones que contienen elementos de vaguedad en la determinación de los hechos o si la presencia de estos elementos condena a la indeterminación y al subjetivismo cualquier razonamiento fundado sobre proposiciones que los contengan, dado que no pueden ser analizados en términos de la lógica de la verdad/falsedad ni en los de la probabilidad cuantitativa<sup>228</sup>.

Un elemento importante en la línea de la primera alternativa está constituido por la teoría de los *fuzzy sets*. Esta teoría parte de un escrito de Lofti Zadeh de 1965<sup>229</sup> y ha conocido en pocos años una amplísima elaboración, especialmente en el ámbito de los denominados «sistemas expertos» en sectores que antes no eran susceptibles de tratamiento informatizado<sup>230</sup>. La lógica de los «conjuntos borrosos» tiene, en efecto, la gran ventaja, respecto a la de los «conjuntos precisos», de permitir ese tratamiento poniendo la base de cálculo y de programación en muchos sectores caracterizados por la *vaguedad irreductible* de los conceptos empleados<sup>231</sup>.

228. V., en efecto, *supra*, apartado 3.4 respecto a la necesidad de que el cálculo de la probabilidad cuantitativa se funde sobre datos precisos.

229. Cf. *Fuzzy Sets*, en *Information and Control* 8, 1965, pp. 338 ss., e Id., *Fuzzy Logic and Approximate Reasoning*, en *Synthese* 30, 1975, pp. 407 ss.

230. No es posible ofrecer aquí indicaciones bibliográficas adecuadas, y mucho menos completas, sobre una línea teórica que ha dado lugar a amplísimas aplicaciones en los campos más diversos: a título meramente indicativo cf. Negoita, *Expert System and Fuzzy System*, Menlo Park, Calif., 1985; Id., *Fuzzy System*, Turnbridge Wells, Engl., 1981; *Approximate Reasoning in Decision Analysis*, ed. por M. Gupta-E. Sánchez; Amsterdam, 1982; *Fuzzy reasoning and its applications*, ed. por E. Marudani-B. Gaines, London, 1981; *Advances in Fuzzy Set Theory and Applications*, ed. por M. Gupta-R. Ragade-R. Yager, Amsterdam, 1979; Kickert, *Fuzzy Theories on Decision Making*, Leiden, 1978.

231. Cf. Negoita, *op. cit.*, pp. 47 ss.; Schum, *Probability*, cit., pp. 254 ss. Sobre la irreducibilidad de la vaguedad cf. también Wright, *op. cit.*, p. 336.



La teoría de los conjuntos borrosos considera la vaguedad no como un inconveniente a eliminar sino como una característica ineliminable y pretende construir procedimientos racionales acerca de los conceptos vagos. Se trata, pues, de una teoría del *razonamiento inexacto o aproximado*, que encuentra su base en la posibilidad de formular inferencias entre proposiciones fundadas en nociones vagas o conceptos imprecisos<sup>232</sup>.

En términos de teoría de los conjuntos esto implica un concepto de conjunto no exactamente determinado, en el sentido de que la pertenencia del individuo al conjunto no está exactamente determinada en términos absolutos positivos o negativos<sup>233</sup> sino que sólo es definible por grados; de ahí la definición de los *fuzzy sets* como funciones de grado de pertenencia y la posibilidad de construir cálculos referentes a las relaciones entre sistemas vagos<sup>234</sup>.

Los desarrollos matemáticos e informáticos de la teoría de los *fuzzy sets* no pueden ser discutidos aquí, aunque sólo sea por su escasa relación con los problemas específicos de la prueba judicial y de la determinación del hecho. De esa teoría, no obstante, pueden extraerse algunas indicaciones de orden conceptual que parecen relevantes a los efectos del análisis de aquellos problemas.

La indicación fundamental consiste en la demostración de la posibilidad de construir procedimientos racionales que tengan por objeto conceptos vagos. En otras palabras, la vaguedad no es de por sí un factor de subjetivismo o de irracionalidad: simplemente, es una característica muy frecuente y a menudo irreducible del lenguaje, que requiere una lógica «especial» para ser formalizada pero que no excluye *a priori* toda posible racionalización. Como se ha mencionado, el razonamiento sobre nociones vagas es impreciso y aproximado, pero esto no implica en absoluto que se trate de algo irracional o irrazonable, ya que nociones vagas pueden dar lugar a funciones lógicamente determinadas<sup>235</sup>. Esto equivale, por otra parte —aunque sea a un nivel teórico

232. Cf. Negoita, *op. cit.*, pp. 95 ss.; Underwood, *op. cit.*, pp. 16 ss.; Zadeh, *Fuzzy Logic*, cit.

233. Sobre las relaciones lógicas entre vaguedad/no vaguedad/certeza/incertidumbre y su influencia sobre los problemas de la decisión, cf. el esquema de Kofi Fissi Dompere, *The Theory of Fuzzy Decisions*, en *Approximate Reasoning*, cit., pp. 365 ss.

234. Cf. Negoita, *op. cit.*, pp. 50 ss., 77 ss.; Schum, *op. ult. cit.*, p. 255. Sobre el valor de verdad de los enunciados *fuzzy* como «grados de verdad» cf. Zadeh, *Fuzzy Logic*, cit., pp. 407, 410 ss.; Carlstrom, *Truth and Entailment for a Vague Quantifier*, en *Synthese* 30, 1975, pp. 491 ss.

235. Cf. Negoita, *op. cit.*, pp. 52 ss., 83 ss., 108 ss.; Zadeh, *Fuzzy Logic*, cit., pp. 410 ss.; Carlstrom, *op. cit.*, pp. 461 ss.

muy distinto—, a un dato relevante del sentido común, que a menudo considera «fundados» (o «infundados») razonamientos que tienen por objeto nociones vagas. Es más, en algunos aspectos la teoría examinada es una teorización —con elevados niveles de formalización— de ese dato, importantísimo en todos los sectores en los que se usa el lenguaje ordinario para llevar a cabo razonamientos que se fundan en buena medida en nociones de sentido común.

Dentro de este planteamiento general, puede realizarse otra indicación más específica: el grado de pertenencia al conjunto vago, es decir, el significado de calificaciones vagas relativas a valores o a cantidades, no puede ser indicado con números sino con series de números que definen el conjunto<sup>236</sup>. En otras palabras, conceptos vagos como «alto», «pesado» o «precio bajo» no pueden ser indicados con una sola medida, pero pueden ser indicados con escalas de medida.

«Alto» puede, por tanto, corresponder a un valor indeterminado entre 1,70 y 2,00 m; «pesado» puede corresponder a un valor entre 1 y 10 kg «precio bajo» puede corresponder a un valor entre 100 y 1.000 euros y así sucesivamente. De este modo, la vaguedad de las calificaciones no es eliminada, pero tampoco persiste como factor capaz de impedir una argumentación racional. Aquélla es, en cambio, reducida y convertida en calculable: un valor incierto resulta menos incierto si se establecen los límites de la escala entre los que aquél se sitúa (y aun menos incierto si la escala está compuesta por valores discretos y determinados); esa escala funciona después como definición del conjunto vago<sup>237</sup> y sobre esa base se funda la posibilidad del cálculo informático.

Aparte de este último aspecto, que no puede ser discutido en este lugar, la técnica de reducción de la incertidumbre que se ha mencionado puede también ser útil en el ámbito del razonamiento probatorio. Por ejemplo, puede suceder que un testigo no esté en condiciones de establecer exactamente la altura de una persona, la velocidad de un automóvil o la entidad de una suma o varias sumas, y que, por tanto, las respectivas indicaciones sean vagas. De todos modos, una cosa es que éstas permanezcan absolutamente vagas y otra que sean precisadas y delimitadas en parte a través de la indicación de los límites de la escala de valores en la que se sitúa el dato «vago». Al menos, esta indicación sirve para establecer el orden de magnitud en el que ese dato se

236. Cf. Negoita, *op. cit.*, pp. 74 ss. Zadeh, *Fuzzy Logic*, cit., pp. 411 ss.

237. El conjunto vago definido por la escala de valores corresponde al concepto vago: cf. Negoita, *op. cit.*, pp. 74 ss., 80 ss.

inserta según la opinión del testigo (o, más en general, de quien lo adopta) y con relación a la situación específica en la que el dato es usado. Un gran empresario puede considerar bajo un precio que un empleado del Estado (por ejemplo el juez) considera elevadísimo; la misma suma puede representar un precio bajo para una cosa y excesivo para otra. En casos de este tipo, de los que los ejemplos más o menos banales pueden multiplicarse sin ninguna dificultad, si la calificación permanece vaga porque no puede ser exactamente determinada, el elemento de prueba que la contiene permanece casi inutilizable, ya que sigue siendo indeterminado el significado de las proposiciones que lo expresan en términos vagos<sup>238</sup>. En cambio, la reducción de la vaguedad en el sentido que se ha indicado puede hacer utilizable el elemento de prueba incluso si la vaguedad no es eliminada completamente: si el testigo afirma que por un cierto bien ha sido pagada una suma no precisada pero «elevada», esta declaración tiene poco sentido en sí misma, pero adquiere significado si se define el *fuzzy set* que en ese contexto específico corresponde al concepto «suma elevada».

En resumen, la técnica de la reducción de la vaguedad consistente en delimitar los confines del conjunto vago no sirve únicamente para hacer «manejables» las nociones vagas en el plano informático. También es importante en la medida en que permite atribuir significado, y, por tanto, hacer racionalmente utilizables, a proposiciones que de otra forma no lo serían a causa de su excesiva indeterminación. Esa utilización permanece, obviamente, en los límites del razonamiento aproximado, pero éste resulta un procedimiento racionalmente controlable.

De esta forma se consigue una notable ampliación de las posibilidades de usar argumentos racionales más allá de los límites constituidos por la existencia de proposiciones dotadas de un significado exactamente determinado o determinable. Debe, por otra parte, subrayarse que se trata de una ampliación de las posibilidades, no de la solución general y absoluta de todos los problemas planteados por el empleo de conceptos vagos en el lenguaje ordinario y en todos los contextos —como el probatorio— en los que es usado.

Por un lado, en efecto, es necesario considerar que la definición del *fuzzy set*, es decir, la indicación de la escala en la que se sitúa el dato vago, puede no ser posible. En general, ésta es posible cuando se trata de definir el ámbito de valoraciones realizadas por un sujeto determinado, como en los ejemplos de declaraciones testificales utilizados más arriba. Pero puede ocurrir que el sujeto en cuestión no esté

238. Resultan, en efecto, vagas las proposiciones que contienen al menos un término vago: cf. Negoita, *ivi*, pp. 80 ss.

disponible para precisar la escala o el orden de magnitudes en el que se sitúa su valoración.

La definición del *fuzzy set* resulta difícil cuando el problema no es definir los contornos de una opinión subjetiva, sino precisar circunstancias, hechos o frecuencias. Por ejemplo: las máximas de experiencia de uso común en sede de valoración de las pruebas son «vagas» porque expresan generalizaciones de sentido común y no leyes científicas. Es difícil imaginar, sin embargo, una delimitación cuantitativa aceptable de nociones que tienden a reflejar genéricamente lo que el sentido común considera «normal» o se espera que suceda «en la mayor parte de los casos». Como se ha mencionado en otro lugar<sup>239</sup>, a veces se adoptan cuantificaciones «porcentuales» de estas nociones, pero se trata de «modos de hablar» habitualmente inaceptables o tramposos, seguramente no idóneos para una reducción efectiva de la vaguedad de esas nociones. Es necesario, pues, tomar en cuenta el hecho de que existen nociones cuya vaguedad no es reducible y situaciones en las que ésta es teóricamente reducible pero, en la práctica, no lo es por las razones más diversas. Por otra parte, la teoría de los *fuzzy sets* resulta útil precisamente en la medida en que permite construir inferencias lógicamente controlables sobre la base de generalizaciones vagas<sup>240</sup>.

Es necesario advertir que la reducción de la vaguedad consistente en definir una escala de valores o un orden de magnitudes es esencialmente convencional. Como ya se ha mencionado, a menudo se trata de establecer la escala sobre la que un objeto determinado sitúa su valoración: esto permite precisar el significado y el alcance de esa valoración, pero ésta permanece vinculada al contexto identificado por quien la formula. La utilización de la misma valoración por parte de otros sujetos (como, por ejemplo, la utilización de la declaración de un testigo por parte del juez) no disminuye la relatividad del contexto: éste puede ser utilizado, pero sobre la base de alguna convención según la cual para ciertos efectos es válida la determinación realizada por aquel sujeto. Es perfectamente posible utilizar la escala de valores definida por un testigo para aclarar y delimitar el sentido de su declaración, pero es evidente que esto sirve únicamente para esa específica finalidad (no, por ejemplo, para delimitar la vaguedad de calificaciones usadas por otros) y que esa escala de valores no es en absoluto «objetiva», no refleja «la realidad», y únicamente puede ser provisoriamente acep-

239. V., *supra*, apartado 3.3.

240. Cf. Schum, *op. ult. cit.*, p. 257. Sobre la lógica de las inferencias fundadas sobre premisas vagas en cuanto «casi generales», v., ampliamente, Carlstrom, *op. cit.*, pp. 461 ss.

tada en la medida en que sea necesario tomar en cuenta el punto de vista de ese testigo.

La naturaleza convencional de estas determinaciones resulta aún más evidente cuando no están referidas a parámetros de valoración de un sujeto concreto sino a los de un grupo, de una comunidad o de un ámbito social. Por ejemplo, se podrá establecer que en un cierto momento y en un cierto lugar el precio adecuado de un bien se sitúa entre X e Y o bien que los intereses bancarios «normales» impuestos en determinadas situaciones se sitúan en una escala de valores dada, pero está claro que en casos como éstos se trata de identificar parámetros convencionales de valoración difundidos y compartidos en determinados ámbitos<sup>241</sup>.

Por otra parte, el hecho de que se trate de determinaciones, de distintos modos, convencionales no implica en absoluto que éstas sean inutilizables a los efectos de reducir la vaguedad de conceptos, nociones o valoraciones. Al contrario, la teoría de los *fuzzy sets* sirve para entender que incluso sobre bases de este tipo puede fundarse un procedimiento racional.

Si bien esta teoría está fundada sobre premisas y metodologías completamente distintas, existe al menos un sentido en el que es complementaria y convergente respecto a la aplicación de concepciones no pascalianas de la probabilidad a problemas como los que afectan a la valoración de las pruebas y a la identificación del fundamento que éstas confieren a la hipótesis sobre el hecho. La convergencia afecta a la configuración de la posibilidad de esquemas y procedimientos racionales superiores respecto de los de la lógica proposicional de dos valores y de los de la probabilidad como frecuencia estadística. De ambas teorías emerge la idea de la posible racionalidad de los razonamientos fundados sobre las nociones de sentido común expresadas en el lenguaje ordinario<sup>242</sup>, lo que implica la posible racionalidad del razonamiento probatorio tal como es, esto es, sin deformaciones formalistas. La complementariedad se refiere al hecho de que la teoría de los *fuzzy sets* puede ser considerada como una integración de la concepción de la probabilidad inductiva, en cuanto que configura los caracteres del razonamiento aproximado fundado sobre la inferencia entre nociones vagas<sup>243</sup> y delinea la posibilidad de usar racionalmente nociones y valo-

241. Sobre la noción de «vaguedad social típica» v. Luzzati, *op. cit.*, pp. 299 ss. Sobre la arbitrariedad en la fijación de los parámetros de referencia v., en especial, McCawley, *op. cit.*, p. 381; Fine, *op. cit.*, pp. 271 ss.; Wright, *op. cit.*, p. 335.

242. Cf. Schum, *op. y loc. cit.*; Negoita, *op. ult. cit.*, pp. 47 ss., 58 ss., 74 ss., 95 ss.

243. V., en efecto, la idea de *fuzzy probability* delineada por Schum, *op. ult. cit.*, p. 256.

raciones que de otra forma (es decir, sin «reducción de la vaguedad») serían difícilmente significativas.

4.3. *Probabilidad y confirmación de hipótesis.*—Parece, pues, evidente que la incapacidad del cálculo probabilístico para producir un esquema racional para la valoración de las pruebas no precluye en absoluto la posibilidad de racionalizar el juicio de hecho. Es más, esta posibilidad emerge con especial evidencia cuando se abandona la idea de la probabilidad como frecuencia estadística y se toma en consideración, en cambio, la idea de la probabilidad lógica como relación de confirmación entre una hipótesis y los elementos que fundamentan su aceptabilidad. En efecto, basta un análisis superficial de este concepto para darse cuenta de que permite formular modelos racionales para el juicio de hecho que se formula en el proceso. Si, para usar una buena definición, «probability judgments are always relative to evidence, and in fact merely indicate the degree of certainty a particular body of evidence gives to the hypothesis we are concerned with»<sup>244</sup>, está claro que la idea general de la probabilidad lógica se corresponde adecuadamente con la estructura del problema que el juez resuelve formulando el juicio de hecho. Este problema puede ser esquematizado suponiendo que existen una o más hipótesis sobre los hechos de la causa y que el juez debe establecer, sobre la base de los elementos de prueba disponibles, si alguna hipótesis, y en su caso cuál, puede considerarse aceptable y, por tanto, constituir el fundamento de la decisión<sup>245</sup>.

La constatación de la correspondencia sustancial entre el problema del juicio de hecho y la idea fundamental de la probabilidad como relación lógica entre una hipótesis y los elementos que la confirman es muy importante porque permite tomar la dirección correcta en el análisis del juicio de hecho y de la valoración de las pruebas en el contexto del proceso. Sin embargo, esto es sólo el punto de partida, no la conclusión del análisis, ya que no basta evocar el concepto general de la probabilidad lógica para disponer inmediatamente de un esquema racional aplicable a aquel contexto.

Por un lado, en efecto, es necesario destacar que la probabilidad lógica o inductiva ha tenido distintas versiones y vicisitudes y no es, por tanto, un concepto simple y de «empleo inmediato». La elaboración del concepto de probabilidad inductiva como relación lógica entre la hipótesis y sus respectivos elementos de confirmación se remonta

244. Cf. Benenson, *op. cit.*, p. 13.

245. Al respecto, más ampliamente, v. el capítulo IV.

especialmente a Rudolf Carnap<sup>246</sup>, pero la elaboración compleja y formal que desarrolló ha sufrido muchas críticas<sup>247</sup>, de modo que no puede considerarse válida toda su teoría sino sólo la idea principal de la misma. Otras contribuciones, en cambio, han enriquecido la teoría de la probabilidad lógica, en particular por el lado del análisis de los elementos de confirmación de las hipótesis y de su relación de relevancia respecto de la propia hipótesis<sup>248</sup>.

Por otro lado, es necesario constatar que las versiones formalizadas de la probabilidad lógica no son aplicables en el contexto del proceso. Esto depende del hecho de que el razonamiento del juez no está formalizado y, con toda probabilidad, no es siquiera formalizable en la medida en que emplea con profusión nociones y reglas de sentido común y está basado en gran parte en conceptos vagos. Como se acaba de mencionar más arriba<sup>249</sup>, la teoría de los conjuntos vagos permite racionalizar el uso de estos conceptos e incluso su necesaria formalización para el cálculo informático. Sin embargo, tampoco este cálculo parece aplicable al razonamiento judicial, ya que en éste habitualmente no se dan las condiciones para ello, de forma que sigue siendo válida la idea fundamental del posible uso racional de los conceptos vagos, pero parecen inutilizables sus versiones formales. Por otra parte, parece evidente que precisamente en los márgenes de aproximación del razonamiento no formalizado se encuentra el espacio de las elecciones discretivas llevadas a cabo por quien realiza el razonamiento.

En los últimos años estas problemáticas referentes a la estructura del razonamiento inductivo e inferencial se han entrecruzado en el plano de la elaboración teórica de los modelos racionales de razonamiento; y se ha entrecruzado también, al menos en algunos sectores avanzados de análisis, con un renovado interés hacia el análisis de las estructuras racionales de la determinación judicial de los hechos<sup>250</sup>.

246. V., en especial, *Logical Foundations of Probability*, Chicago, 1951, pp. 23 ss.

247. La discusión sobre la teoría de Carnap ha sido muy amplia en distintos aspectos, pero, en especial, lo ha sido respecto del problema de la fundamentación de la inducción. Entre las muchas contribuciones al respecto, cf. Cohen, *An Introduction*, cit., pp. 122, 125 ss.; Popper, *La lógica de la investigación científica*, tr. cast. a cargo de V. Sánchez de Zabala, Madrid, 1962, pp. 254, 344, 365 ss.; Benenson, *op. cit.*, pp. 68 ss.; Putnam, *Degree of Confirmation and Inductive Logic*, en *The Philosophy of R. Carnap*, ed. por Schilpp, La Salle, Ill., 1963, pp. 761 ss.; Kemeny, *Carnap's Theory of Probability and Induction*, *ivi*, pp. 711 ss.. Para ulteriores indicaciones, v., además, Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 237 ss., y, entre lo más reciente, las consideraciones críticas de Besso Marcheis, *op. cit.*, pp. 1122 ss.

248. V., en especial, Benenson, *op. cit.*, 81 ss., 251 ss.

249. V., *supra*, apartado 4.2.

250. Son muestra de ello el volumen de Cohen *The Probable and the Provable*, citado

A partir de ahí ha surgido la tendencia a no insistir más de lo necesario en el uso de esta o aquella noción general de probabilidad y a concentrar, en cambio, la atención en los distintos tipos de situaciones inferenciales y sobre las inferencias que se realizan en el ámbito del esquema general constituido por la relación entre hipótesis y elementos de prueba. Se habla, pues, siempre menos de probabilidad, aunque se está siempre dentro de la idea general de la probabilidad como relación lógica, y se habla siempre en mayor medida de *evidence and inference* para designar específicamente cualquier tipo de problema consistente en delimitar la aceptabilidad de hipótesis sobre la base de los respectivos elementos de confirmación. Se puede sostener que *evidence and inference* es ya un sector autónomo de investigación metodológica y epistemológica, que tiene un desarrollo relevante en algunas direcciones, como la de la *intelligence analysis*<sup>251</sup>.

Las investigaciones realizadas en este sector pretenden construir una teoría o, al menos, una metodología, de la formulación de hipótesis sobre hechos y de la valoración de su aceptabilidad relativa sobre la base de los elementos de confirmación disponibles<sup>252</sup>. Esta metodología es elaborada teniendo como punto de mira todas las situaciones posibles en las que puede surgir ese problema y, así, se entiende que aquélla tenga un radio muy extendido y se ocupe también de problemas que en el proceso no son particularmente relevantes o son resueltos sobre la base de peculiaridades jurídicas o específicas de la estructura de la situación procesal. Es, por ejemplo, el caso de la estructura de las hipótesis sobre el hecho, que en el proceso está determinada tanto por las normas aplicables<sup>253</sup> como por la propia dinámica de aquél, mientras que en otros contextos la hipótesis nace en función de los elementos de prueba y de las inferencias que se pueden extraer de ellos<sup>254</sup>. La metodología de la *evidence and inference* parece, pues, más amplia que el campo de problemas que afectan a la prueba en el proceso, al menos por la razón de que algunos de estos problemas tienen soluciones jurídicas y no epistemológicas. Sin embargo, no resulta infundada la idea de que ésta comprenda, como hipótesis más limitada y específica, también la situación referida a la determinación de los he-

en diversas ocasiones, y numerosos artículos, como los recogidos en *Probability and Inference in the Law of Evidence*, también citado en diversas ocasiones.

251. Cf., especialmente, Schum, *Evidence and Inference for the Intelligence Analysis*, 2 vols., Lanham-New York-London, 1987.

252. Cf., Schum, *op. ult. cit.*, vol. I, pp. 6 ss., 14 ss., 40 ss.

253. V., *supra*, capítulo II.

254. Cf. Schum, *op. ult. cit.*, pp. 23 ss., 124 ss.



chos sobre la base de las pruebas. Por otra parte, es lícito sostener, y en el análisis restante se obtendrá alguna confirmación de ello<sup>255</sup>, que una adecuada racionalización de esta situación puede alcanzarse con los métodos elaborados en el ámbito de las investigaciones sobre *evidence and inference* (más bien que con la evocación de ideas de probabilidad más o menos abstractas), aunque queda claro que estas investigaciones parten del concepto fundamental de la probabilidad como relación lógica entre hipótesis y elementos de confirmación.

255. V. el capítulo V.

# LECTURA 3

Tomada de: Michele Taruffo, "Hipótesis, pruebas y selecciones", en *La prueba de los hechos*, Cd. Fernández, capítulo IV, Trotta, 2005, pp. 241-325.

## Capítulo IV

### HIPÓTESIS, PRUEBAS, SELECCIONES

*Sumario:* 1. La incertidumbre y las hipótesis sobre el hecho.–1.1. La hipótesis simple.–1.2. Las hipótesis contrarias.–1.3. Las hipótesis sobre hechos incompatibles.–1.4. Las hipótesis sobre hechos jurídicamente vinculados.–2. Las situaciones probatorias.–2.1. La prueba directa.–2.2. La prueba indirecta.–2.3. La *cascaded evidence*.–3. Las combinaciones de pruebas.–3.1. Las pruebas sobre hechos complejos.–3.2. Las pruebas convergentes.–3.3. Las pruebas en conflicto.–4. La selección de la hipótesis sobre el hecho.–4.1. La aceptabilidad de la hipótesis.–4.2. La probabilidad lógica prevaleciente.–4.3. El orden de las pruebas.–5. Concepción holista y método analítico.–5.1. Criterios conjuntos de decisión sobre el hecho.

1. *La incertidumbre y las hipótesis sobre el hecho.*–De las consideraciones realizadas en las páginas precedentes puede derivarse que el problema de la determinación judicial de los hechos no se plantea propiamente en términos de determinación de la verdad absoluta o de la certidumbre indudable acerca de los hechos y tampoco en términos de verosimilitud.

El problema consiste, más bien, en la individualización de las condiciones y de las modalidades en cuya presencia está justificado considerar como verdadera una versión de los hechos para la que existen elementos de credibilidad, pero que no puede ser calificada como verdadera y cierta de forma indiscutible. En otros términos, se trata de establecer cómo pueden ser utilizados conocimientos que son inevitablemente *inciertos*, pero que sin embargo son los únicos que pueden constituir la base del juicio acerca de la existencia o inexistencia de los

hechos de la causa<sup>1</sup>. O, todavía en otros términos, se trata de establecer cómo puede realizarse racionalmente una selección entre hipótesis distintas acerca de esos hechos en la situación problemática pero normal en que cada una de esas hipótesis tiene un cierto grado de aceptabilidad pero ninguna es cierta o absolutamente verdadera.

En los últimos veinte años los análisis epistemológicos y metodológicos han puesto en evidencia que la lógica de valores absolutos verdadero/falso es sólo utilizable con propiedad en sectores limitados y bajo condiciones específicas; en cambio, amplios sectores del conocimiento se manejan con nociones *inciertas*, pero no por ello falsas o inutilizables. Así, se han dedicado diversos estudios precisamente al análisis del conocimiento incierto y de sus condiciones de racionalidad, utilizando modelos y técnicas de investigación algunas veces muy sofisticadas y, en todo caso, empleando conceptos distintos de los que son propios de la lógica binaria elemental y del razonamiento formalizado<sup>2</sup>.

De alguna forma, esta línea ha penetrado también en el ámbito de los estudios dedicados a la lógica de las pruebas y del juicio de hecho, en particular en la cultura de lengua inglesa por efecto del influjo de los grandes ejemplos que constituyen Bentham y Wigmore<sup>3</sup>. Como se verá, no se puede decir que a partir de ahí se hayan obtenido solucio-

1. Para un análisis del problema de los conocimientos inciertos cf. Goldman, *Epistemology and Cognition*, Cambridge, Mass.-London, 1986, pp. 326 ss. Sobre el problema de la incertidumbre de la determinación de los hechos cf. Tillers y Green, *Preface*, en *Probability and Inference in the Law of Evidence. The Uses and Limits of Bayesianism*, P. Tillers y E. D. Green (eds.), Dordrecht-Boston-London, 1988, p. IX; Klami, Sorvettula y Hatakka, *Truth and Law: Is, Ought and Reasoning*, en *ARSP LXXV*, 1989, pp. 429 ss.

2. Cf., en particular, Niiniluoto, *Truthlikeness*, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo, 1987, pp. 156 ss., y especialmente p. 159 para el análisis de la diferencia entre incertidumbre y error, así como para la concepción de la medida de la incertidumbre sobre la base de los elementos de prueba disponibles. Entre los ejemplos más relevantes de análisis realizados desde esa perspectiva cf. Schafer, *A Mathematical Theory of Evidence*, Princeton-London, 1976; Benenson, *Probability, Objectivity and Evidence*, London-Boston-Melbourne-Henley, 1984, además de los artículos recogidos en el volumen *Probability and Inference in the Law of Evidence*, citado en la nota precedente (esos artículos son contribuciones a un seminario sobre el tema; una versión más completa de las respectivas actas puede encontrarse en *Boston Un. L. Rev.* 66, 1986, notas 3 y 4, pp. 377 ss.). Cf., además, L. J. Cohen, *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977; N. B. Cohen, *Confidence in Probability: Burdens of Persuasion in A World of Imperfect Knowledge*, en *New York Un. L. Rev.* 60, 1985, pp. 385 ss., y el panorama ofrecido por Allen, *A Reconceptualization of Civil Trials*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 21 ss.

3. Para un interesante análisis metodológico de la teoría de las pruebas en los dos autores v. Twining, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, London, 1985, especialmente pp. 167 s. acerca de su influencia posterior y su importancia actual.

nes definitivas, pero seguramente el análisis de los problemas es hoy más rico e interesante.

Antes de continuar, no obstante, vale la pena fijar con la adecuada precisión una serie de puntos indispensables.

Ante todo, es necesario recordar que el problema fundamental no es la fundamentación de juicios absolutos de verdad o falsedad acerca de nada, sino racionalizar la incertidumbre, es decir, establecer las condiciones de aceptabilidad de proposiciones descriptivas dotadas de «un cierto grado» de fundamentación. En términos del «vocabulario de la verdad», se podría hablar de verdades relativas dotadas de distintos grados de aproximación a la hipótesis que representa la correspondencia perfecta con la realidad, pero este vocabulario es a menudo abandonado por ser demasiado genérico y engañoso. Con el objeto de poner en evidencia el carácter específico del problema, se prefiere hablar en términos más objetivos del «grado de apoyo», de «confirmación» o de «garantía» y, en términos más subjetivos, de «grado de creencia» y de «convencimiento»<sup>4</sup>. Las definiciones adoptadas por los distintos autores no son siempre coincidentes y, a menudo, son muy distintas porque son elaboradas sobre la base de asunciones metodológicas y epistemológicas diversas. Sin embargo, convergen en la formulación general del problema y en la forma de configurar sus posibles soluciones. Se trata, esencialmente, de conjeturar una descripción de un hecho y ofrecer elementos de apoyo para esa descripción. Obviamente, no se sabe *a priori* si la descripción es verdadera o falsa y se asume que los elementos de apoyo tampoco permiten en absoluto establecerlo, pero le atribuyen —precisamente— un cierto grado de fundamentación. El problema es establecer en qué casos esto se produce, en función de qué criterios se puede determinar el grado de fundamentación y en qué casos ese grado permite considerar aceptable la proposición asumida como hipótesis<sup>5</sup>.

Se intuye fácilmente que éste es el problema, formulado en términos generales, de la determinación de los hechos en el proceso. En

4. Cf., por ejemplo, Goldman, *op. cit.*, pp. 81 ss., 324 ss.; L. J. Cohen, *op. cit.*, pp. 13 ss., 27 ss., 36 ss., 121 ss., 188 ss.; Id., *An Introduction to the Philosophy of Induction and Probability*, Oxford, 1989, pp. 4 ss., 59 ss., 74 ss., 122 ss., 145 ss.; Schafer, *op. cit.*, pp. 3 ss., 16 ss., 144 ss., 184 s.; Benenson, *op. cit.*, pp. 45, 60 ss., 71 ss.

5. La racionalización del esquema hipótesis/confirmación se remonta esencialmente a Carnap (cf., en particular, *Logical Foundations of Probability*, Chicago, 1951, pp. 23 ss.), pero posteriormente ha sido discutida y reformulada por diversos autores (v., *supra*, capítulo III, nota 247 e *ivi* en el texto). A pesar de las críticas que, por muy distintas razones, ha recibido, ese esquema conceptual sigue estando, en su idea fundamental, en la base de todas las interpretaciones probabilísticas del problema de las pruebas (que serán discutidas en adelante).

efecto, también en el proceso se está ante *a*) (una o más) hipótesis referidas a la existencia de los hechos principales de la causa, es decir, proposiciones descriptivas de esos hechos; *b*) elementos de prueba que operan en el sentido de dar apoyo (o quitárselo) a esas hipótesis, sin que, a pesar de ello, ninguna de ellas pueda considerarse absolutamente «cierta»; *c*) la necesidad de determinar el grado de aceptabilidad de las distintas hipótesis a los efectos de establecer cuál de ellas puede ponerse en la base de la decisión<sup>6</sup>.

Esta coincidencia entre el problema procesal y el problema más general de racionalizar el uso de los conocimientos inciertos ha sido puesta de manifiesto en muchas ocasiones y ha permitido utilizar ejemplos de naturaleza judicial en el ámbito de la epistemología<sup>7</sup>; sin embargo, esa coincidencia es aquí relevante por la razón inversa, es decir, porque —induciendo a configurar el problema del juicio de hecho en el proceso como caso específico de un problema más general— permite tomar en consideración elaboraciones más generales, al menos, a los efectos de verificar si son utilizables en la teoría de la prueba judicial.

En esta dirección, es necesario en todo caso evitar simplificaciones peligrosas. Dos de ellas están especialmente difundidas y, precisamente por ello, vale la pena señalarlas.

La primera simplificación consiste en aplicar al problema procesal nociones toscas e ingenuas de probabilidad como panacea para el hecho de que en el proceso se excluyen las certidumbres absolutas<sup>8</sup>. Esto es, se dice que lo que no es verdadero ni falso no puede ser más que probable y, algunas veces, se añade que, si la falsedad está en el 0 y la verdad en el 1, entonces el valor del juicio sobre el hecho se sitúa en

6. V., más ampliamente, Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, pp. 231 ss. y, entre lo más reciente, Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, Bari, 1990, pp. 126 ss. [tr. cast., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, a cargo de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos, R. Cantarero, Madrid, 1995, pp. 147 ss.].

7. Cf., por ejemplo, Schafer, *op. cit.*, pp. 28, 80, 84, 116, 176, 180, 275. Esta línea está, de todos modos, muy difundida: cf. Finkelstein, *Quantitative Methods in Law. Studies in the Application of Mathematics Probability and Statistics to Legal Problems*, New York, 1978, pp. 2 ss.; Cohen, *The Probable*, cit., p. 44.

8. Un ejemplo en este sentido es Calamandrei, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, ahora en Id., *Opere giuridiche*, vol. V, Napoli, 1972, pp. 615 ss. (al respecto, v., por otra parte, *supra*, capítulo III, 2), pero se trata de una aproximación bastante difundida, cuya característica principal consiste en el empleo de una noción tosca y genérica de probabilidad como sinónimo de incertidumbre, sin tener en cuenta el hecho de que la noción de probabilidad tiene profundas y complejas implicaciones lógicas y epistemológicas. No es necesario ofrecer aquí ulteriores indicaciones sobre esta aproximación, que es notoria desde hace tiempo: para otras consideraciones v., en cualquier caso, Taruffo, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, en *Foro it.*, 1974, V., pp. 83 ss.

algún punto entre 0 y 1. Se mantiene habitualmente incierto, sin embargo, qué debe entenderse por «probable» y *dónde* se sitúa, entre 0 y 1, el grado de aceptabilidad del juicio sobre el hecho, de forma que el recurso a la probabilidad sigue siendo genérico y se reduce a una forma, que se considera un poco menos banal, de decir que el proceso no produce certidumbres acerca de los hechos. De este modo, se hace un mal uso de un concepto que, en cambio, puede resultar útil, pero que —como ya se ha visto<sup>9</sup>— es extremadamente problemático y crea, cuando se aplica a la determinación judicial de los hechos, dificultades de notable importancia.

La otra simplificación que debe evitarse consiste en presuponer que el problema del juicio sobre el hecho se agota en la formulación de una hipótesis y en comprobar en qué grado las pruebas disponibles la hacen aceptable. Al respecto, debe observarse que el esquema simplificado que se ha mencionado (consistente en establecer si los elementos de prueba confirman, y en qué medida, las hipótesis sobre el hecho) sirve sólo como una aproximación, pero no define de forma completa las situaciones en que surge el problema del juicio de hecho.

En cambio, un paso necesario para llevar el análisis más allá de las premisas iniciales hasta aquí delineadas es, precisamente, la individualización de los tipos principales de situaciones en las que se plantea el problema. Con la advertencia de que se trata aún de una simplificación<sup>10</sup>, este paso puede ser suficientemente delineado aquí como para poner en evidencia algunos aspectos relevantes para la investigación posterior.

1.1. *La hipótesis simple.*—Se está ante la situación más simple cuando, supuesto que *X* es el hecho jurídicamente relevante, hay una única hipótesis acerca de él (hay una sola descripción de *X*) y, por tanto, se trata sólo de establecer si esa hipótesis está o no justificada y en qué grado puede considerarse aceptable. Piénsese, por ejemplo, en la alegación del hecho constitutivo por parte del actor con un demandado contumaz, donde el único problema es averiguar si el actor aporta

9. V., en particular, *supra*, capítulo III, 3 y 4.

10. Un aspecto relevante de esta simplificación consiste en adoptar una idea unitaria y constante del «hecho», mientras que ya se ha visto en su momento que la tipología de los hechos es compleja y problemática (*supra*, capítulo II). Otro aspecto relevante de la simplificación consiste en conjeturar que, en general, se trata de probar *un* hecho *simple*. Es obvio, en cambio, que a menudo hay que probar *más* hechos, o bien hechos *complejos*, porque son definidos sobre la base de numerosas circunstancias. Los problemas inherentes a la situación en la que surgen hechos complejos serán, en todo caso, tomados en consideración de forma específica (v., *infra*, apartado 3.1).

pruebas suficientes para que pueda considerarse aceptable *su* afirmación acerca de la existencia del hecho.

En una situación de este tipo, la primera hipótesis que se puede dar es que el actor no aporte pruebas o que éstas no produzcan resultados utilizables (el testigo no recuerda los hechos, etc.). En términos de la probabilidad cuantitativa, el valor de confirmación de la hipótesis en este caso es = 0. El significado de esto debe ser, sin embargo, aclarado: algunos sostienen que en este caso 0 significa la negación de la hipótesis, es decir, la asunción de su falsedad. En resumen, si no existen elementos de prueba que confirmen la verdad de la descripción del hecho, se derivaría su falsedad<sup>11</sup>. Esta conclusión es correcta en los términos de una lógica rigurosamente binaria, en la que aquello que no es verdadero es falso, pero no se adapta a la situación que aquí se discute, que es apreciable en términos de grados de incertidumbre más que sobre la base de la rígida alternativa entre verdadero y falso.

En efecto, si no hay pruebas que confirmen la hipótesis sobre el hecho X, ésta no puede considerarse verdadera o, en algún grado, aceptable, pero tampoco puede considerarse definitivamente falsa. No tener razones para decir que la hipótesis es «verdadera» no equivale a tener razones para decir que la hipótesis es «falsa»: la falta de elementos de prueba no produce elemento alguno de conocimiento acerca del fundamento de la hipótesis y, por tanto, no permite siquiera decir que ésta es falsa. En realidad, lo que se produce en el caso de falta de pruebas es una situación de *permanente y* (en ese estado de cosas) *irresoluble incertidumbre* acerca de la existencia de X: no se está en condiciones de establecer que X es verdadero, pero ésta es una situación contingente relativa al estado de las pruebas referidas a la hipótesis sobre el hecho X en el caso concreto<sup>12</sup>. En esta situación, no hay elementos de confirmación de *ninguna* hipótesis sobre X: ni de la que lo afirma ni de la que lo niega. En el fondo, puedo no tener elementos de prueba para creer que X es verdadero, pero esto puede depender simplemente de que mis informaciones son inadecuadas; decir, sobre ésta única base, que X es falso sería una derivación infundada: en efecto, ulteriores informaciones podrían confirmar la hipótesis de la falsedad

11. Ésta es una de las características típicas de la doctrina bayesiana de la probabilidad, que ha sido discutida, *supra*, en el capítulo III, 3.1 y 3.3. Al respecto, cf. Cohen, *The probable*, cit., pp. 33 ss.; Id., *An Introduction*, cit., pp. 74 ss.

12. La valoración del grado de probabilidad de una hipótesis es *siempre* contingente en la medida en que es siempre relativa a los elementos de prueba disponibles en el momento en el que la valoración se realiza: cf., en particular, Benenson, *op. cit.*, pp. 4, 13 ss.



de X, pero también confirmar la hipótesis de su verdad. La falta de elementos de apoyo para una hipótesis produce, por tanto, incertidumbre acerca de ella, no la confirmación de la hipótesis contraria<sup>13</sup>. La lógica de la hipótesis y de la confirmación sobre la base de las pruebas se revela, pues, notablemente distinta de la lógica proposicional con dos valores (verdad/falsedad) y también de aquella para la que el valor 0 de la probabilidad equivale a la certidumbre negativa. Por otra parte, estas observaciones confirman que la lógica proposicional y la de la probabilidad cuantitativa de los valores intermedios entre 0 y 1 no representan adecuadamente la situación cognoscitiva en la que uno se encuentra cuando, dada una hipótesis, faltan elementos de prueba para confirmarla en una específica situación. Quizás la situación podría cambiar si se conjeturase que nunca, en ninguna situación posible, la hipótesis en cuestión podría encontrar elemento de confirmación alguno, pero esta abstracción (admitido que tenga sentido) no es relevante aquí porque no se corresponde con ninguna situación procesal.

*Una cuestión muy distinta*, de carácter jurídico y epistemológico, es la referida a la forma en que la ley procesal regula las modalidades de decisión en el caso en que la falta de pruebas deja incierta la hipótesis sobre el hecho. En rigor, la situación de incertidumbre debería llevar a una decisión de *non liquet*, pero son conocidas las razones por las que los ordenamientos modernos tienden a excluir esta posibilidad. Entran entonces en juego las reglas de la carga de la prueba, que permiten en cualquier caso tomar una decisión en el supuesto de incertidumbre sobre el hecho, subjetivizando las consecuencias de esa incertidumbre. Esas reglas están, por otra parte, en consonancia con la lógica de la hipótesis y de la confirmación (y no con la lógica que sostiene que lo que no se demuestra verdadero es falso): en efecto, el actor

13. Esta situación corresponde a la primera de las cuatro hipótesis que, en una *fuzzy logic* con cuatro valores, es identificada por McCawley, *Everything that Linguists Have Always Wanted to Know about Logic, but Were Ashamed to Ask*, Oxford, 1981, p. 360.

La distinción entre falsedad de la hipótesis y la «situación de ignorancia» respecto de ella, que se produce cuando faltan elementos de confirmación, es formulada claramente por Schafer, *op. cit.*, pp. 22 ss., quien señala como un defecto de la teoría bayesiana su incapacidad de introducir esta distinción cuando la probabilidad es = 0. En el mismo sentido, v. también Cohen, *The Probable*, cit., pp. 270 ss.; Allen, *A Reconceptualization*, cit., pp. 24, 37 s.; Schum, *Probability and the Process of Discovery, Proof and Choice*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 235 s., 246. Esta distinción es conocida por los juristas, que suelen distinguir el caso en el que no se alcanza la prueba de un hecho del caso en el que se alcanza la prueba de su inexistencia. Una teoría que no tome en cuenta esta distinción, como la bayesiana, difícilmente puede presentarse como una buena teoría de la determinación judicial de los hechos.

que no prueba el hecho constitutivo pierde, pero nadie piensa que haya sido probada *la falsedad* de la hipótesis sobre el hecho formulada en sus alegaciones. Simplemente, y realistamente, la ley impone al juez que tome en cuenta la permanencia de la incertidumbre sobre el hecho constitutivo y extraiga las consecuencias que la propia ley considera —por razones *jurídicas*, no lógicas— más oportunas sobre la base de la dimensión subjetiva de la controversia.

La segunda posibilidad que puede producirse en el ámbito de la situación que aquí se está analizando es aquella en que hay elementos de prueba que confirman la hipótesis sobre el hecho X. Se excluye, pues, la condición = 0, así como también sigue estando excluida la condición = 1, es decir, la certidumbre absoluta de la hipótesis sobre el hecho.

También esta posibilidad merece alguna aclaración. El *grado* de confirmación de la hipótesis se establece en sede de valoración de las pruebas y es un problema que se discutirá más adelante, así como también la cuestión de qué grado de confirmación es necesario y suficiente para decidir sobre el hecho<sup>14</sup>.

Se puede realizar aquí alguna observación sobre la representación de esta situación. En términos de la teoría tradicional de la probabilidad cuantitativa se dice que ésta corresponde a algún valor intermedio entre 0 y 1<sup>15</sup>. En el 0,50 se tendría, pues, una posición de equilibrio entre la verdad y la falsedad de la hipótesis sobre X, mientras que entre 0 y 0,50 sería más probable la falsedad y entre 0,50 y 1 resultaría más probable la verdad de la hipótesis sobre X. Sin embargo, ésta es una forma impropia, aunque muy difundida, de representar la situación examinada que puede producir además serios inconvenientes.

Por un lado, la idea de que la inversa de la probabilidad positiva (de la verdad de la hipótesis) sea automáticamente una probabilidad negativa (de la falsedad de la hipótesis) no es otra cosa que una aplicación adaptada, en términos de probabilidad, de la idea de que todo aquello que no es verdadero es falso: se dice que la diferencia entre probabilidad y verdad cierta es la probabilidad de la falsedad de la hipótesis. Pero esta aplicación de la idea base está expuesta a las mismas objeciones que valen contra esta última: si, por ejemplo, las pruebas

14. V., *infra*, los apartados 4.1 y 4.2. Esta situación se corresponde con el segundo caso individualizado por McCawley, *op. cit.*, *loc. cit.*, es decir, aquel en el que se conoce algo sobre X pero nada se conoce sobre no-X.

15. V., por todos, Schafer, *op. cit.*, pp. 12 ss.; Cohen, *The Probable*, cit., pp. 33 ss.; Callen, *Notes on A Grand Illusion: Some Limits on the Use of Bayesian Theory in Evidence Law*, en *Ind. L. J.* 57, 1982, p. 19.

que tengo a disposición califican la hipótesis con un grado de confirmación de 0,80, esto no significa en absoluto que ésta sea falsa con un grado de confirmación del 20% o que tenga el 20% de probabilidades de ser falsa, sino sólo que hay elementos de prueba consistentes a favor de esa hipótesis, de forma que puede considerarse adecuadamente confirmada<sup>16</sup>. A la inversa, si las pruebas ofrecen un grado de confirmación igual a 0,20, esto no significa en absoluto que la hipótesis sobre el hecho tenga un 80% de probabilidades de ser falsa, sino únicamente que aquélla tiene pocos elementos de confirmación, de forma que será razonable no considerarla como una representación aceptable del hecho, pero tampoco es razonable considerarla como una descripción falsa.

Por otro lado, no hay nada que imponga la representación de los grados de apoyo de las hipótesis en datos numéricos entre 0 y 1 (con la exclusión de 0 y 1). Esto puede ser algunas veces una forma sintética de representar las cosas, pero puede también ser engañoso cuando, por ejemplo, se piensa que sólo está admitida la utilización de fracciones numéricas. En realidad, hay otras representaciones posibles: por ejemplo, se puede imaginar que la verdad absoluta sea  $= \infty$ , en lugar de  $= 1$ , y por tanto representar los grados de apoyo de las hipótesis con medidas cuantitativas representadas por números enteros situados en la escala  $0 - \infty$ . Es más, con toda probabilidad esta representación no sólo tiene menos implicaciones erróneas en la situación simple que se ha examinado hasta aquí, sino que puede ser más oportuna especialmente en las situaciones más complejas que serán examinadas en adelante<sup>17</sup>.

En realidad, la adopción de la escala  $0 - 1$  no es necesaria y, además, no es siquiera epistemológicamente neutral: deriva de la adopción de una determinada teoría de la probabilidad y tiene sentido únicamente en el contexto de esa teoría. Sin embargo, se trata de una teoría muy discutible, como se verá, al menos en su aplicación a los problemas que aquí interesan. Se impone, pues, toda cautela en su utilización a partir de ahora.

1.2. *Las hipótesis contrarias.*—Estamos ante la segunda situación cuando la hipótesis afirmativa acerca de la existencia del hecho  $X$  está en contraste con una hipótesis contraria: esto es, se trata de hipótesis

16. La distancia entre el grado de confirmación y la certidumbre no es calificable como confirmación negativa (es decir, como confirmación de la falsedad de la hipótesis) sino como *grado de incertidumbre* de la propia hipótesis: cf. Schafer, *op. cit.*, pp. 42 ss., también para la formalización de esta situación.

17. V., *infra*, apartado 3.

que se refieren al mismo hecho, pero una afirma su existencia mientras que la otra la niega. Ésta es, por ejemplo, la situación en la que el demandado se defiende afirmando que el hecho constitutivo alegado por el actor no ha ocurrido. Una variante de esta posibilidad se da cuando, frente a la afirmación de que el hecho *X* se ha producido con las modalidades *A*, *B* y *C*, se tiene la afirmación de que el mismo hecho *X* se ha producido, en cambio, con las modalidades *D*, *E* y *F*, distintas de *A*, *B* y *C* (por ejemplo, el mismo contrato ha sido estipulado, pero con una fecha distinta; el accidente se ha producido, pero conducía Cayo y no Ticio). En efecto, afirmar que el hecho se ha producido con distintas modalidades (obviamente, aptas para modificar la relevancia jurídica del hecho) es una forma de negar la verdad de la primera hipótesis y es, especialmente, en ese sentido en el que aquí se toma en consideración esta posibilidad.

Frente a dos hipótesis sobre el hecho, una afirmativa y una negativa, se plantea ante todo el problema de representar las respectivas situaciones probatorias, obviamente en el supuesto de que ambas dispongan de elementos de apoyo (es evidente que si una de las dos hipótesis carece absolutamente de apoyo se vuelve a la situación ya examinada en el apartado 1.1). Una forma muy difundida de resolver este problema consiste en decir que la suma de los elementos de confirmación de ambas hipótesis, consideradas conjuntamente, debe equipararse a 1, de modo que el valor de cada una de ellas se pueda configurar tendencialmente como complementario respecto al de la otra. Así, por ejemplo, si la hipótesis positiva tiene un grado de apoyo igual a 0,70, la hipótesis negativa deberá tener un grado de apoyo de 0,30, o viceversa<sup>18</sup>.

Este tipo de representación de la situación examinada deriva de la adopción del modelo de la probabilidad cuantitativa, pero es inadecuado, por distintas razones, para dar cuenta de las características peculiares de la situación.

Ante todo, como se ha dicho anteriormente, no existe necesidad lógica alguna de representar los valores de confirmación de las hipótesis en una escala 0-1, dado que otras representaciones funcionan mejor.

Además, esta representación parece forzada en el caso de las dos hipótesis contrapuestas porque no hay necesidad lógica alguna por la que el grado de confirmación de una de ellas deba ser inversamente proporcional al de la otra. Esto implica, en efecto, que se presuponga

18. Se trata del principio de *completud* de la probabilidad matemática, examinado y discutido especialmente por Cohen, *The Probable*, cit., pp. 33 ss., y *The Role of Evidential Weight in Criminal Proof*, en *Probability and Inference*, cit., p. 117.

una relación causal o lógica entre los grados de confirmación de las dos hipótesis, mientras que éstos dependen únicamente de los elementos de prueba que se produzcan a favor de una y de otra, por lo que son causal y lógicamente *independientes*. Como ya se ha dicho anteriormente, la falta de confirmación de la hipótesis positiva no implica su falsedad y el grado de confirmación de la hipótesis no se da por diferencia respecto de la probabilidad de que aquélla sea falsa; lo mismo vale, con los signos cambiados, para las hipótesis negativas.

Es necesario, por otra parte, tomar en cuenta que incluso en el supuesto de afirmación/negación de X, el campo teórico de las hipótesis posibles no se reduce a dos (sí/no), sino que pueden comprenderse situaciones distintas porque puede haber diversos modos de negar X. En efecto, si se niega X negando una o más de sus características jurídicamente relevantes, se pueden presentar diversas posibilidades: si X se define mediante A, B y C, se dispone, al menos, de cuatro posibilidades: negar X o negar A, B o C (o cualquiera de sus combinaciones). Desde el punto de vista de la relevancia jurídica, estas posibilidades son equivalentes entre sí o, al menos, son todas ellas alternativas respecto de la hipótesis que afirma X como definido por A, B y C. Pero en esta reconstrucción resulta probablemente imposible construir valores de confirmación recíprocamente condicionados, de forma que la suma de los mismos sea igual a 1<sup>19</sup> y, en cualquier caso, no se entiende por qué debería realizarse esa operación<sup>20</sup>.

En realidad, la lógica de las hipótesis y de su confirmación sobre la base de los elementos de prueba requiere la adopción de esquemas distintos. Toda hipótesis debe ser considerada autónomamente, al menos inicialmente y a los efectos de individualizar exactamente el campo de sus posibilidades<sup>21</sup>; cada hipótesis concreta presente en un

19. Se trata, en efecto, de una de las principales dificultades de la teoría bayesiana. Cf. Cohen, *The Probable*, cit., p. 270.

20. Ésta resulta inevitable en los sistemas en que rige el principio de complementariedad entre afirmaciones y negaciones, pero este principio no es absoluto (cf. Schafer, *op. cit.*, p. 35) y, en particular, no es válido en el ámbito de la probabilidad inductiva (v. Cohen, *op. ult. cit.*, p. 221). Además, puede suceder que ése sea un mal criterio de decisión: cf. Allen, *op. cit.*, p. 24.

En lugar de la escala entre 0 y 1, parece más útil la ya citada cuatripartición propuesta por McCawley (*op. cit., loc. cit.*), fundada en los conocimientos disponibles acerca de la afirmación y la negación de un hecho, y en la que es posible: 1) no saber nada acerca de X ni de no-X; 2) tener algún conocimiento acerca de X y no saber nada acerca de no-X; 3) tener algún conocimiento acerca de no-X y no saber nada acerca de X; 4) tener algún conocimiento acerca de X y de no-X.

21. En efecto, toda hipótesis, ya sea en el caso simple de afirmaciones/negaciones de X, ya sea en el caso más complejo en el que hay distintas versiones de X cada una de las

determinado contexto está afectada únicamente por todos los elementos de prueba que se refieren específicamente a *esa* hipótesis; cada hipótesis adquiere así su propio grado de confirmación sobre la base de los elementos de prueba disponibles; sobre esa base, posteriormente, podrá realizarse la selección de la hipótesis que resulte más aceptable en la medida en que esté dotada de un grado de confirmación o apoyo más elevado respecto a las otras.

Podrá, pues, suceder, razonando sobre la base de la escala 0-1, que todas las hipótesis adquieran un grado de confirmación bajo: supongamos 0,30 para la hipótesis positiva y 0,20 para la negativa. Esta situación equivaldría a 0,60/0,40 si la suma debiera ser igual a 1, pero está claro que 0,60 sugiere la idea de una hipótesis con un buen grado de confirmación, mientras que 0,30 refleja la realidad, es decir, un grado de confirmación bajo. La situación 0,30/0,20 crea problemas en el esquema 0-1 porque los dos valores no son complementarios; sin embargo, da cuenta de la situación, que perfectamente puede producirse en el proceso, en la que tanto el actor como el demandado han producido pocos elementos de prueba para fundar sus respectivas alegaciones. Adviértase que esta situación no crea especiales problemas de decisión en el proceso, ya que en presencia de hipótesis sobre los hechos no suficientemente fundamentadas entran en juego criterios jurídicos de decisión, como por ejemplo la regla de la carga de la prueba<sup>22</sup>.

Por otra parte, puede también producirse la situación opuesta, en la que tanto el actor como el demandado dispongan de pruebas consistentes a favor de sus respectivas hipótesis sobre los hechos: se dispone, por ejemplo, de un testigo creíble a favor de X y de un testigo creíble a favor de la inexistencia de X. Supongamos que la hipótesis positiva (autónomamente considerada) tenga un grado de confirmación de 0,80 y que la hipótesis negativa tenga un grado de confirmación de 0,70. Una situación de este tipo no puede ser recogida por la escala 0-1 si la suma total debe ser = 1 y no tiene sentido en la lógica del verdadero/falso porque no es posible que sean contemporáneamente verdaderas una hipótesis y su negación. Pero esta situación es normal en el proceso siempre que existen pruebas aceptables a favor de ambas hipótesis contrapuestas<sup>23</sup>.

cuales equivale a una negación, representa una «versión de la realidad» distinta: cf. Allen, *op. cit.*, p. 43.

22. Sobre la selección entre hipótesis que gozan de grados de probabilidad bajos cf. Allen, *op. cit.*, p. 44 y, además, *infra*, apartado 4.2.

23. Sobre la selección entre las dos hipótesis en esta situación v. también, *infra*, apartado 4.2. Se trata, en este caso, de la cuarta situación identificada por McCawley (v. nota 20).

La aparente contradicción se explica distinguiendo la situación que se da antes de la decisión de la que se obtiene después de la decisión. En la primera es posible que la hipótesis sobre la existencia de  $X$  tenga un grado autónomo de confirmación de 0,80, producido por una declaración testifical aceptable, y que la hipótesis contraria tenga un grado de 0,70 porque también en este supuesto se disponga de una declaración testifical aceptable. Pero, en cualquier caso, el juez debe decidir, y supongamos que lo hace escogiendo la hipótesis que tiene un grado de confirmación más elevado<sup>24</sup>. Ésta es, entonces, la hipótesis que se asume como «relativamente verdadera» o más aceptable, mientras que la otra «no es verdadera» (o es poco aceptable). Si se quiere representar numéricamente *esta* situación, se podrá decir perfectamente que, por ejemplo, la primera vale 0,90 y la segunda 0,10, pero está claro que esto es sólo una forma de expresarse carente, en cualquier caso, de eficacia operativa y heurística, dado que representa una elección ya realizada, no la situación que la precede y justifica<sup>25</sup>.

A partir de estas consideraciones se observa en todo caso que la adopción de la escala 0 - 1, con la consiguiente atribución de valores fraccionarios a cualquier hipótesis y con el compromiso de que su suma sea = 1, se traduce en una distorsión de las situaciones reales que pueden producirse en el proceso o —en el mejor de los casos— es un instrumento gráfico que no carece de peligros.

Hay, en cambio, buenas razones para que la hipótesis positiva y la negativa sean consideradas por separado, cada una en función de los elementos de prueba que a ella se refieren. Para cualquier hipótesis se puede usar la escala numérica 0 -  $\infty$ , atribuyéndole un valor al grado de confirmación de cada hipótesis. La confrontación entre esos valores permite seleccionar la representación más aceptable, es decir, aquella que ofrece la aproximación a la realidad relativamente mejor, sobre la base de los elementos de prueba concretamente disponibles<sup>26</sup>.

1.3. *Las hipótesis sobre hechos incompatibles.*—Una tercera situación posible es aquella en la que la hipótesis que afirma el hecho  $X$  se contrapone a una hipótesis que afirma el hecho  $Y$ , incompatible con la

24. V., en efecto, los criterios indicados *infra*, apartado 3.3.

25. Esta representación no sirve siquiera a los efectos de justificar *ex post* el juicio sobre el hecho. La justificación puede realizarse representando exactamente la situación probatoria y explicitando el criterio de «probabilidad prevalente» (sobre el cual v., *infra*, apartado 4.2), que permite seleccionar racionalmente la hipótesis dotada de un grado de confirmación relativamente mayor, incluso si la diferencia respecto de la hipótesis contraria no es muy relevante.

26. V. más ampliamente, *infra*, apartados 4.1 y 4.2.

existencia de *X* (es la generalización del esquema de la coartada). Resulta así necesario que sobre la base de alguna razón de orden general, física, lógica o incluso jurídica, la existencia de *Y* excluya la de *X*, y viceversa<sup>27</sup>. Se trata, como es fácil percibir, de una forma para contradecir la hipótesis que afirma *X*; la diferencia respecto a la hipótesis negativa examinada *sub* 1.2 está en que ahora la segunda hipótesis es positiva respecto de *Y*, mientras que el efecto negativo respecto de *X* es sólo mediato y deriva de la imposibilidad de la existencia contemporánea de *X* e *Y*.

Más allá de esta diferencia, por otra parte, también son claramente aplicables aquí las consideraciones que ya se han realizado a propósito de las hipótesis directamente contradictorias.

No obstante, el caso de las hipótesis contradictorias por afirmar la existencia de hechos *distintos* incompatibles hace aún más evidente la inadecuación del esquema según el cual los grados de confirmación de las distintas hipótesis deberían ser complementarios en una escala 0 → 1 con suma total = 1. Ese esquema es aún más inapropiado cuando no se trata de versiones distintas del mismo hecho sino de hechos distintos. Es verdad que el nexo de incompatibilidad que los vincula podría inducir a vincular también las respectivas hipótesis de forma que el grado de confirmación de uno de ellos sea inversamente proporcional al grado de confirmación del otro, pero esto no reflejaría la situación probatoria que se puede tener —más fácilmente al ser hechos distintos— cuando se dispone de elementos a favor de *X* y elementos a favor de *Y*.

En cambio, a este respecto vale *con mayor razón* lo que se ha dicho *sub* 1.2: las dos hipótesis deben considerarse por separado, cada una en relación con los elementos de prueba que a ella se refieren, a los efectos de establecer el grado de confirmación que cada hipótesis recibe sobre la base de los elementos de prueba disponibles (grado que para cada hipótesis puede situarse sobre una escala de números enteros 0 → ∞). A partir de la confrontación entre los grados de confirmación relativos a la hipótesis sobre *X* y a la hipótesis sobre *Y*, el juez obtiene elementos para seleccionar qué hipótesis resulta (relativamente) más aceptable sobre la base de los elementos de prueba disponibles. Una

27. La incompatibilidad entre *X* e *Y* debe derivar de algún principio existente en el contexto conceptual y epistemológico en el que se sitúa el problema del conocimiento del hecho; es, pues, *relativa* al contexto. En el fondo, la coartada se erige sobre la premisa de que nadie puede estar en dos lugares distintos *contemporáneamente*, pero no es imposible —respetando la *narrative coherence*— imaginar algún contexto en el que este principio no valga. Esta posibilidad no es tomada aquí en consideración y, del mismo modo, tampoco es posible explorar las múltiples razones posibles por las que en los distintos contextos puede instaurarse una relación de incompatibilidad entre *X* e *Y*.



vez efectuada esta selección, la relación de incompatibilidad existente entre X e Y lleva a descartar como inaceptable la otra hipótesis.

1.4. *Las hipótesis sobre hechos jurídicamente vinculados.*—Una cuarta situación posible se produce cuando, alegando el actor la existencia de un hecho constitutivo X, esa hipótesis no es negada o contestada en absoluto por el demandado, pero, en cambio, éste alega un hecho distinto Y *no incompatible* con X, pero de tal naturaleza que incide sobre sus consecuencias jurídicas. Es el caso de la alegación de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de los efectos que derivan del hecho constitutivo.

Esta situación puede dar lugar a hipótesis muy complejas desde el punto de vista jurídico, en la medida en que las mencionadas calificaciones jurídicas de los hechos dependen de cómo se construye el concreto supuesto de hecho substancial, y esto puede hacer muy problemática su apropiada definición<sup>28</sup>.

La misma situación es, en cambio, particularmente simple desde el punto de vista lógico y de la confirmación probatoria de las hipótesis. Entre X e Y existe, en efecto, una vinculación jurídica, pero no existe vinculación lógica, epistemológica o material alguna: puede ser que las hipótesis sobre X e Y sean ambas verdaderas, ambas falsas o una verdadera y la otra falsa. Entre ellas no hay, pues, vinculación de ningún tipo: se trata de hipótesis autónomas sobre hechos distintos, que son formuladas en el mismo proceso en función de las relaciones jurídicas entre esos hechos.

Es obvio, entonces, que en esta situación la escala  $0 \rightarrow 1$  con valores fraccionarios complementarios está fuera de lugar y que la única forma correcta de representarla es la de las hipótesis separadas, cada una de las cuales tiene un grado de confirmación sobre la base de las pruebas que a ella se refieren<sup>29</sup>. Esto es así, con mayor razón, en la medida en que el juez no debe escoger *entre* la hipótesis sobre X y la hipótesis sobre Y: dado que X e Y pueden coexistir, cada una de ellas puede ser considerada (o no) como aceptable de forma autónoma sobre la base exclusiva del grado de confirmación que haya obtenido en función de las pruebas.

El examen de las distintas situaciones en las que las hipótesis sobre el hecho pueden tener distintas configuraciones puede resultar útil para mostrar que la relación entre esas hipótesis y sus respectivos elementos de confirmación es variada y compleja.

28. V., *supra*, el capítulo II.

29. En especial, sobre este supuesto, cf. Allen, *op. cit.*, p. 44.

Esto permite, sin embargo, poner también en evidencia algunos aspectos muy importantes para un análisis racional de esa relación, que pueden ser resumidos del siguiente modo.

Se trata, ante todo, de insistir con la máxima claridad en que el grado de confirmación de las hipótesis sobre el hecho deriva *exclusivamente* de los elementos de prueba específicamente referidos a esa concreta hipótesis y disponibles en la situación en la que la valoración se realiza. Éste es un postulado fundamental de la teoría lógica de la probabilidad<sup>30</sup> que tiene algunas consecuencias relevantes también en el contexto de la determinación del hecho. Por un lado, el grado de probabilidad de la hipótesis sólo se determina correctamente teniendo en cuenta todos los elementos de prueba disponibles<sup>31</sup>, lo que determina no sólo la relatividad de la valoración sino también la posibilidad/necesidad de que ésta cambie si lo hace la situación probatoria. Por otro lado, debe excluirse que el grado de probabilidad de la hipótesis se determine en función de criterios *distintos* de los constituidos por los elementos de prueba, es decir, en función de criterios que no tengan en cuenta adecuadamente esos elementos, su alcance, su «peso» y sus combinaciones. Esto significa que deben usarse representaciones o formalizaciones que no distorsionen la relación efectiva entre elementos de prueba e hipótesis sobre el hecho<sup>32</sup>, como la examinada más arriba, que impondría una complementariedad ficticia, con suma total siempre = 1, de los grados de probabilidad de las distintas hipótesis.

Pero esto significa también que se debe prestar atención analítica a las distintas situaciones que pueden caracterizar los elementos de prueba respecto de las hipótesis sobre el hecho<sup>33</sup>.

**2. Las situaciones probatorias.**—Al analizar las principales situaciones-tipo relativas a las hipótesis sobre la existencia o inexistencia de los hechos, se ha dado por supuesto, tácitamente, la no-problematicidad de los elementos de prueba que confieren a las hipótesis el respectivo grado de confirmación o de apoyo racional. Se trata de un supuesto que puede ser provisoriamente adoptado por razones de claridad del discurso, pero que no se corresponde con la realidad y que, por tanto, debe abandonarse en cuanto sea posible.

30. Cf., especialmente, Benenson, *op. cit.*, pp. 4, 13 ss.; Schafer, *op. cit.*, pp. 3 ss., 7.

31. V., ampliamente, Benenson, *op. cit.*, pp. 23 ss., y también Goldman, *op. cit.*, p. 204.

32. En este sentido, v. especialmente Brilmayer, *Second-order Evidence and Bayesian Logic*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 148, 156 ss., 164.

33. Cf., en especial, Schafer, *The Construction of Probability Arguments*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 190, 193; Schum, *Beating and Boulting an Argument*, *ivi*, p. 208.

En efecto, no sólo el aspecto del problema que se refiere a la configuración de los elementos de apoyo de una hipótesis es muy complicado: es también esencial para entender cómo puede operar la racionalización de la incertidumbre acerca de la fundamentación de las hipótesis y la determinación del respectivo grado de aceptabilidad. A los efectos de reducir esa complicación en alguna medida y de aclarar cómo puede operar el mecanismo de confirmación de las hipótesis sobre los hechos, vale la pena proceder también aquí mediante distinciones, es decir, tratando de identificar las principales situaciones en las que se instaura la correlación entre elementos de prueba e hipótesis sobre el hecho.

Al respecto, es útil realizar dos advertencias preliminares. La primera es que esas distinciones se harán siempre imaginando que se trata de una sola hipótesis sobre el hecho y que a ella se refieren los elementos de prueba. Esto representa una simplificación respecto del análisis llevado a cabo en el apartado precedente, pero es necesaria para mantener el discurso en un nivel aceptable de complejidad. Por otra parte, todo lo que se dirá respecto de *una* hipótesis sobre el hecho puede ser extendido a *cualquier* hipótesis sobre el hecho; la situación compleja que resulta de ello será examinada más adelante, cuando se analice directamente la selección de hipótesis sobre el hecho en sede de decisión<sup>34</sup>.

La segunda advertencia es que los términos «prueba», «elementos de prueba» y parecidos son usados en el significado más general que tienen en el ámbito epistemológico<sup>35</sup> y no en su más específico significado jurídico. El análisis del concepto jurídico de prueba, y de sus respectivas especificaciones, requiere un discurso *ad hoc* que se llevará a cabo más adelante<sup>36</sup>.

**2.1. La prueba directa.**—La primera y más simple situación respecto de la prueba de una hipótesis sobre el hecho es aquella en la que existe un único elemento de prueba que versa directamente sobre esa hipótesis<sup>37</sup>. Por ejemplo, se dispone de una declaración testifical que confirma la existencia de un hecho o de un documento que lo representa: el objeto y el resultado de la prueba pueden ser expresados en una pro-

34. V., *infra*, apartado 4.

35. Cf., en especial, Goldman, *op. cit.*, pp. 17 ss., 89 ss., 145 ss., 204 ss.; Schafer, *A Mathematical Analysis*, cit., pp. 20 ss., 120 ss., 172 ss., 284 ss.; Benenson, *op. cit.*, pp. 23 ss., 80 ss.; Schum, *Evidence and Inference for the Intelligence Analyst 1*, Lanham-New York-London, 1987, pp. 31 ss., 37 ss.

36. V., *infra*, capítulos V y VI.

37. Sobre el concepto de prueba directa v., más ampliamente, *infra*, capítulo VI, apartado 2.1.

posición que coincide, en su contenido, con la que constituye la hipótesis sobre el hecho.

En una situación de este tipo está claro que el grado de aceptabilidad de la prueba equivale al grado de confirmación de la hipótesis sobre el hecho. A la inversa, se puede decir también que la medida en que la hipótesis resulta confirmada define la «eficacia» de esa prueba. Si la prueba es *negativa*, en el sentido que se especificará más adelante<sup>38</sup>, la hipótesis positiva sobre el hecho no adquiere evidentemente confirmación alguna; esa prueba será utilizable siempre que también se presente una hipótesis negativa sobre el hecho<sup>39</sup>.

El problema principal resulta ser, entonces, el de los factores que determinan el valor de la prueba concreta. Las cuestiones que surgen en el caso de pluralidad de elementos de prueba referidos a la misma hipótesis o a distintas hipótesis sobre el hecho son lógicamente posteriores<sup>40</sup>. Sin embargo, para el análisis de este problema son escasos los elementos ofrecidos por los estudios epistemológicos de línea probabilística, que, como ya se ha dicho<sup>41</sup>, se limitan habitualmente a presuponer o a conjeturar que el concreto elemento de prueba tiene un valor específico, indicándolo con determinaciones numéricas indispensables para el cálculo posterior, pero sin establecer de qué forma puede determinarse ese valor. Así pues, parece más útil partir de las indicaciones más elementales que provienen de los análisis no cuantitativos del problema de la confirmación de hipótesis sobre hechos.

Al respecto, parece oportuno partir de la observación de que ningún elemento de prueba tiene un valor *per se*. Por un lado, en efecto, un hecho o una cosa pueden ser calificados como elementos de prueba en relación con un *factum probandum*, es decir, únicamente en función de la posibilidad de que a partir de ese hecho o de esa cosa puedan extraerse conclusiones acerca del hecho a probar<sup>42</sup>; más allá de

38. V., *infra*, apartado 3.3 y capítulo VI, 2.2.

39. V., *supra*, apartado 1.2.

40. V., en efecto, *infra*, apartados 3.2 y 3.3.

41. V. capítulo III, 3.

42. En este sentido, el concepto general de prueba viene a coincidir con la noción de prueba *relevante*: v., en especial, Schum, *op. ult. cit.*, I, p. 31. Es necesario tener en cuenta también la diferencia entre la *specificatory evidence*, que se refiere a un suceso particular, y la *statistical evidence*, referida a la frecuencia de hechos de un determinado tipo (v., ampliamente, Benenson, *op. cit.*, pp. 80 ss., 149 ss.). En el contexto del que se está hablando, la *evidence* es siempre *specificatory*, dado que importan sólo los elementos de prueba que se refieren a la hipótesis acerca de un hecho concreto. Además, los hechos estadísticos no tienen, en la determinación judicial de los hechos, una importancia en sí mismos, sino en la medida en que son útiles para confirmar una hipótesis sobre unos hechos concretos (v. capítulo III, 3.4).

esta correlación existen hechos, cosas, declaraciones, pero no existen elementos *de prueba*. Así pues, en cierto sentido, la definición del elemento de prueba es circular, dado que algo puede ser definido como tal únicamente después de haber establecido que tiene algún valor probatorio<sup>43</sup>.

Por otro lado, el esquema lógico de la prueba como elemento de confirmación de las hipótesis sobre el hecho hace evidente que el valor del elemento de prueba puede establecerse únicamente en relación con aquellas hipótesis. Está claro, en efecto, que respecto de una hipótesis distinta o de una hipótesis contraria, el mismo elemento podría no tener valor alguno o tener un valor negativo en lugar de positivo.

En resumen, el valor del elemento de prueba concreto no es en absoluto una característica intrínseca del hecho o de la cosa que se asume como elemento de prueba, sino que es relativo a la vinculación que se instaura entre ese hecho o esa cosa y la hipótesis que se refiere al hecho a probar<sup>44</sup>. Más propiamente, se trata de la vinculación que se establece entre la proposición que constituye la hipótesis sobre el hecho y la proposición que enuncia el elemento de prueba y que en cierto modo lo constituye. Está claro que no puede establecerse ninguna correlación *lógica* entre *cosas o hechos* y *proposiciones* referidas a (otro) hecho. El elemento de prueba es, a su vez, una proposición referida a un hecho<sup>45</sup>: puede suceder que aquél exista ya en tanto que proposición, como en el caso de una declaración testifical o de una declaración contenida en un documento, pero también cuando esto no

43. No es así cuando el juicio de relevancia de la prueba sirve, en el proceso, para establecer de forma preliminar e hipotética si un determinado medio de prueba debe ser admitido. Sobre el concepto de relevancia en el ámbito del proceso v., *infra*, capítulo V, 2.1.

44. Ese carácter relativo de la prueba y de su valor en función de la hipótesis a la que se refiere es sistematizado por Schafer mediante el concepto de *frame of reference*, es decir, del contexto de relaciones en las que la prueba puede definirse como tal como consecuencia de las inferencias que de ella se pueden obtener (cf. *A Mathematical Analysis*, cit., pp. 36, 114 ss., 274 ss.). Schafer subraya oportunamente que el *frame of discernment* no está ya «dado» de forma alguna, sino que se determina por actos creativos de elección, que deben tener en cuenta también la forma en que los elementos de prueba inciden en las hipótesis a probar (v., *ibid.*, pp. 274 ss., 280, 285).

45. El término «proposición» es usado, aquí, en sentido técnico, es decir, como significado de un enunciado (v., por todos, Guastini, en Castignone, Guastini y Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Genova, 1984, pp. 36 ss.). Se obtiene de ello que, por cuanto se dice en el texto, es irrelevante la identidad o la diferencia de los enunciados: las relaciones de coincidencia o diferencia se dan entre sus significados, es decir, entre el contenido de las proposiciones sobre hechos.

sucede el elemento de prueba está, en cualquier caso, constituido (explícita o implícitamente) por una proposición que lo enuncia<sup>46</sup>.

En el caso de la prueba directa, la prueba versa directamente sobre la hipótesis y el grado de confirmación de la hipótesis coincide con el grado de aceptabilidad de la prueba, es decir, con el grado de confirmación de la proposición que enuncia el elemento de prueba<sup>47</sup>.

El problema de la aceptabilidad de la prueba no tiene, sin embargo, una solución unívoca e incluso se plantea de maneras muy distintas en función del contexto específico en el que se esté y de la estructura de aquello que se considera elemento de prueba. Así, por ejemplo, el *intelligence analysis* emplea un concepto extremadamente amplio de *weight of evidence*, dado que es prácticamente ilimitado el campo de lo que puede constituir *evidence* de algo<sup>48</sup>. En cambio, el grado de aceptabilidad de las pruebas jurídicas se determina en cada caso de forma distinta en función de las modalidades institucionales de formación de la prueba<sup>49</sup> y es distinto en los diversos tipos de prueba (sin hablar de los casos en que es directamente establecido por la ley)<sup>50</sup>, como también puede suceder que determinados elementos de prueba no puedan ser utilizados por razones jurídicas, es decir, en función de específicas reglas de exclusión que tienen justificaciones de lo más variado<sup>51</sup>.

Desde el punto de vista estructural se puede observar, en cualquier caso, que el grado de aceptabilidad de la prueba se determina mediante una serie de presupuestos y de inferencias realizadas por el sujeto que utiliza la prueba, sobre la base de las cuales establece el grado

46. No importa aquí el dato puramente empírico de si el elemento de prueba concreto se traduce en uno o más enunciados o proposiciones. Prescindiendo de la eventualidad de que esto se produzca (en el acta correspondiente a la prueba o en la motivación de la sentencia), es suficiente con que se dé la *posibilidad* de esa traducción; por otra parte, el análisis que se está desarrollando no hace referencia a los mecanismos psíquicos del sujeto que usa las pruebas, ni a las relaciones ontológicas entre los hechos del mundo real, sino a las representaciones de los hechos, es decir, a las proposiciones que los describen.

47. En efecto, por un lado tenemos la hipótesis según la cual «el hecho X es verdadero» y, por otro, el elemento de prueba según el cual «el hecho X es verdadero». No habiendo problemas de inferencia entre el elemento de prueba y la hipótesis sobre el hecho, dado que las dos proposiciones coinciden, el grado de aceptabilidad de la hipótesis sobre el hecho coincide con el grado de credibilidad del elemento de prueba (esto es, con el grado de apoyo de la proposición que lo expresa).

48. Cf. Schum, *op. ult. cit.*, I, pp. 33 s., 40 ss., 89 ss.

49. V., *infra*, capítulo V, 2.2 y 4.2.

50. V., más ampliamente, *infra*, capítulo V, 2.3.

51. Sobre la admisibilidad de las pruebas v. capítulo V, 2.1.

de credibilidad racional de la proposición que constituye el elemento de prueba<sup>52</sup>.

En la base de esta operación puede haber asunciones implícitas de tipo muy general, determinadas por el contexto cultural en el que opera el sujeto y por las estructuras de las que se sirve para determinar e interpretar los hechos. Está claro que estos presupuestos condicionan y relativizan la valoración de la prueba en el contexto procesal<sup>53</sup>, del mismo modo que en cualquier otro contexto los respectivos *background knowledges* y las teorías aceptadas condicionan la definición, la selección y la valoración de los «hechos»<sup>54</sup>. Sin embargo, la discusión de estas asunciones tan generales puede ser omitida aquí, resultando suficiente recordar que aquéllas existen, dado que no son típicamente específicas del juez en cuanto sujeto que valora pruebas sino que afectan más bien, en función de los niveles, al conocimiento en general o al conocimiento científico<sup>55</sup>.

Por otra parte, cuando el elemento de prueba es directamente percibido, en condiciones normales<sup>56</sup>, por el sujeto que lo utiliza, pueden

52. Sobre el concepto de *rational acceptance* o *rational belief* cf. Cohen, *The Probable*, cit., pp. 81, 310 ss., 318 ss. (y, en particular, pp. 312 ss. sobre la dificultad de establecer criterios en términos de probabilidad matemática). Sobre las relaciones entre el concepto de *rational belief* y la teoría de la probabilidad v. también Benenson, *op. cit.*, pp. 45 ss., 68 ss. En general, sobre el concepto epistemológico de *belief* cf. Goldman, *op. cit.*, pp. 13 ss. (y especialmente p. 15 para la indicación de las proposiciones como objeto de *belief*), 173 ss., 199 ss.

53. V., en particular, Tillers, *Mapping Inferential Domains*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 285 ss.

54. Cf., por todos, y para abundantes referencias bibliográficas, Villa, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, Milano, 1984, especialmente pp. 24 ss., 46 ss. y 128 ss.

55. Cf. Schum, *op. ult. cit.*, I, pp. 17, 35 s.

56. Está claro que la idea de «normalidad» tiene un significado muy vago y no puede ser analíticamente definida, siendo una variable dependiente de las asunciones culturales que han sido recién mencionadas en el texto. Quizás, en el limitadísimo ámbito que aquí nos interesa, se pueden realizar dos indicaciones de orden muy general: se puede pensar en una normalidad «jurídica» en el caso de que la prueba sea adquirida y valorada según las normas y los criterios del contexto jurídico-procesal; y en una normalidad «de la experiencia cotidiana» como hipótesis que excluye circunstancias excepcionales capaces de tornar no confiable la percepción. Es, en realidad, ocioso conjeturar, por ejemplo, que salvo prueba contraria las facultades del juez están alteradas por la droga o la hipnosis o que no es capaz de interpretar lo que ve según las modalidades típicas del hombre medio en su ambiente socio-cultural. Casos de este tipo pueden, obviamente, producirse, pero ninguna teoría puede fundarse en la premisa de que éstos son constantes. Así pues, se puede presumir la normalidad del comportamiento del juez y, por tanto, la confiabilidad de sus mecanismos psíquicos y perceptivos, salvo la posible prueba en contrario.

entrar en juego asunciones e inferencias muy simples, como las que se refieren a la fiabilidad de las percepciones y a la capacidad de analizar los datos empíricos (además de la hipótesis para algunos arriesgada, pero difundida, acerca de la existencia del mundo «real»). Se da esa percepción directa, por ejemplo, en la constatación del estado de un lugar o de una cosa o en la audición de una grabación o en la lectura de un documento.

En cambio, la valoración puede resultar mucho más compleja cuando sea necesario establecer la *credibilidad* o la *autenticidad* del elemento de prueba<sup>57</sup>. Si, por ejemplo, la prueba es una declaración testifical, se trata de establecer la credibilidad de las declaraciones del testigo, y esto puede suponer la valoración de datos complejos, como las relaciones laborales o de parentesco entre el testigo y las partes, su comportamiento en general y durante el interrogatorio, el contenido, la forma y las modalidades de sus respuestas, etc. La *crítica de la declaración testifical* puede ser relativamente simple cuando no surjan especiales elementos de duda, pero puede también ser muy compleja cuando existan dudas acerca de la credibilidad del testigo o sobre la aceptabilidad de sus declaraciones. En este caso se deben tomar en consideración distintas «circunstancias secundarias» como premisa de la que extraer inferencias acerca del grado de aceptabilidad de la prueba<sup>58</sup>.

Un discurso análogo vale también para la *crítica de las fuentes* que es necesaria para establecer la autenticidad de la prueba documental, como premisa para establecer la veracidad de las declaraciones que en ella consten. En efecto, también aquí (aparte de la posible presencia de normas que regulen uno u otro aspecto de la prueba documental), si hay duda, el problema se resuelve tomando en consideración todas las circunstancias relevantes y extrayendo a partir de ellas inferencias que permitan establecer hasta qué punto se puede considerar que el documento «representa» la verdad de los hechos.

Más allá de estas variaciones, el dato general que se pone de manifiesto es que la valoración del grado de aceptabilidad de un elemento

57. En general, sobre el problema de la «credibilidad de la fuente», cf. Schum, *Evidence and Inference*, I, cit., pp. 67 ss., 80 ss. Se produce en este caso una situación en la que a partir de las circunstancias *a, b, c ... n* se pueden extraer inferencias acerca de *X*, donde *X* no es el hecho a probar, sino una aserción sobre la credibilidad de una fuente que afirma algo acerca del hecho a probar. En resumen, se está ante una situación de elementos de prueba convergentes (v. *infra* el apartado 3.3), pero convergentes sobre la aceptabilidad de otra prueba. Sobre esta situación v. Schum, *op. ult. cit.*, I, pp. 215 ss., y II, pp. 33 ss., 49 ss.; Tillers, *Webs of Things in the Mind: A New Science of Evidence*, en *Mich. L. Rev.* 87, 1989, p. 1234.

58. Cf., en general, Schum, *op. ult. cit.*, pp. 80 ss.



de prueba es el resultado de inferencias (de distinta naturaleza) fundadas en premisas constituidas por las más diversas «circunstancias» o características referidas a la formación del elemento de prueba. Algunas veces estas inferencias incorporan criterios científicos (con alguna posibilidad de cuantificaciones aceptables), pero mucho más a menudo se fundan en máximas de experiencia del contenido más variado, sobre valoraciones, sobre análisis de comportamientos, sobre interpretaciones de expresiones lingüísticas, etc. Así pues, es relativamente extraño que aquellas inferencias sean reconducibles a esquemas lógicos precisamente determinados y, aún más extraño, que su resultado sea lógicamente cuantificable; por otra parte, la variabilidad y la complejidad de sus posibles combinaciones en cada caso concreto son tan elevadas que excluyen la posibilidad de realizar una tipología simple y aceptable. Todo ello, no obstante, no imposibilita que la inferencia sea el esquema lógico básico: el grado de aceptabilidad de la prueba está *siempre* determinado por una o más inferencias que deben estar fundamentadas en circunstancias precisas y en criterios (cuando sean necesarios) reconocibles<sup>59</sup>.

Por otra parte, si su determinación deriva de un procedimiento que emplea el esquema lógico de la inferencia, entonces el grado de aceptabilidad de la prueba escapa a determinaciones cuantitativas en términos de probabilidad/frecuencia, correspondiendo, en cambio, a una valoración efectuada por quien utiliza el elemento de prueba. Como ya se ha dicho, esta valoración puede realizarse siguiendo un procedimiento racional, pero permanece intrínsecamente vinculada a la peculiaridad del caso concreto, a las características de cada elemento de prueba y a los criterios utilizados para interpretarlos.

Se trata, pues, de una valoración racional en la medida en que deriva de un empleo correcto de métodos racionales de análisis inferencial del elemento de prueba, pero esto no implica la cuantificación del «peso» de la prueba ni que éste sea determinable *a priori* y en abstracto según mecanismos de cálculo<sup>60</sup>. Se trata, en cambio, de un procedimiento mediante el que un «sujeto racional» determina con «criterios racionales» el grado con el que se puede asumir que una proposición específica, que expresa un elemento de prueba, es aceptable.

59. Desde el punto de vista de la estructura lógica y del empleo de las máximas de experiencia, estas inferencias no son distintas de las que se formulan en el ámbito de la valoración de las pruebas indirectas. Tanto en un caso como en el otro, en efecto, se trata siempre de vincular una circunstancia con una hipótesis de hecho por medio de una regla de inferencia. Para el análisis de estas inferencias v. el apartado 2.2.

60. Sobre la imposibilidad de la determinación cuantitativa del *weight of evidence*, al menos en la gran mayoría de los casos, v., *supra*, capítulo III, 3.3.

Puede suceder que el elemento de prueba, o aquello que es considerado como tal, resulte completamente inaceptable (o no diga nada significativo). En ese caso es evidente que éste no es idóneo para aportar elemento de confirmación alguno para la hipótesis acerca del hecho que debe ser probado: se podrá decir, en ese caso, que su valor probatorio es  $= 0$ <sup>61</sup>.

A la inversa, puede suceder que el elemento de prueba sea significativo y plenamente aceptable: esto es, que la proposición que lo enuncia sea considerada plenamente verdadera. En ese caso, puede decirse que el valor de la prueba (de ese *concreto* elemento de prueba) es  $= 1$ , para indicar convencionalmente que no hay dudas sobre su aceptabilidad.

En la mayor parte de los casos en los que la prueba no es inaceptable, sin embargo, resulta que no es tampoco absolutamente cierta, dado que las inferencias formuladas en sede de valoración pueden dejar distintos márgenes de duda. Esos casos se pueden indicar convencionalmente con valores situados entre 0 y 1 (esto es, con valores decimales o fraccionados) que señalen *grosso modo* el grado de aceptabilidad del elemento de prueba. Así, se podrán tener valores bajos, como 0,10 y 0,20, cuando por ejemplo la declaración de un testigo deje dudas (sin ser evidentemente falsa), o valores elevados, como 0,80 y 0,90, cuando el margen de duda, por ejemplo, sobre la aceptabilidad de una declaración testifical sea reducido.

Debe quedar claro, no obstante, que el uso de números no indica cuantificación real alguna; es únicamente *una forma convencional* más cómoda que otras *para expresar* grados que se distribuyen en una escala continua entre dos extremos<sup>62</sup>. Nada impediría adoptar notaciones alfabéticas o verbales expresamente diseñadas para individualizar los distintos grados de valor de cada elemento de prueba<sup>63</sup>; se requeriría,

61. Recuérdese, sin embargo, que el hecho de que el grado de confirmación sea  $= 0$  no demuestra la falsedad de la hipótesis sino únicamente la ignorancia respecto de ella, es decir, la falta de elementos que induzcan a considerarla verdadera (v., *supra*, apartado 1.1). Del mismo modo, si el valor de un elemento de prueba es  $= 0$ , significa simplemente que ese dato no prueba nada en absoluto, es decir, que no es, en realidad, un elemento de prueba.

62. Esa forma convencional tiene además el inconveniente de introducir grados separados en una dimensión que es, en realidad, continua. El inconveniente podría ser eliminado o reducido usando números con más de dos decimales, pero esto introduciría una precisión sólo aparente, dada la dificultad de distinguir grados de convencimiento más allá de una cierta aproximación. Puede tener sentido expresar una diferencia entre 0,70 y 0,90, pero quizás no tiene sentido decir que una prueba es aceptable con un grado 0,835879, mientras que otra lo es con un grado 0,835880.

63. Esto es lo que propone Ekelöf, que usa una decena de términos para indicar distintos grados de probabilidad sobre una escala que va de 0 a 1 (v. *My thoughts on*

únicamente, una expresa elaboración que no sería menos arbitraria que el recurso a las fracciones o a los decimales, pero supondría, en cambio, complicaciones ulteriores de un discurso que ya no es simple de por sí.

Cada medio de prueba concreto puede, pues, tener un «valor» que puede ser representado con un número entre 0 y 1, incluidos los extremos de la escala, que indica el grado de aceptabilidad de la proposición que expresa su contenido.

Si nos encontramos en la situación simple en que: *a*) hay una sola prueba referida a una hipótesis sobre el hecho y *b*) la prueba versa directamente sobre el hecho que debe ser probado, entonces el valor del elemento de prueba equivale al grado de confirmación que puede atribuirse a la hipótesis sobre el hecho. Esta afirmación parece obvia en el contexto de las consideraciones desarrolladas hasta aquí, pero no es todavía definitiva, ya que no clarifica cómo el valor de la prueba determina la decisión relativa a la hipótesis sobre el hecho. Este problema, sin embargo, no puede tener una solución satisfactoria en este punto y será retomado más adelante desde el punto de vista específico de la *decisión* sobre el hecho.

2.2. *La prueba indirecta.*—Una situación distinta se produce cuando se dispone de una única prueba respecto de la hipótesis sobre el hecho, pero ésta es una prueba indirecta<sup>64</sup>. En ese supuesto se dispone de una prueba que demuestra la existencia de un hecho diverso de aquel que es afirmado en la hipótesis; sin embargo, a partir de la proposición que describe ese otro hecho, que los juristas denominan *se-*

*evidentiary value*, en *Evidentiary Value: Philosophical, Judicial and Psychological Aspects of a Theory*, ed. por P. Gärdenfors, B. Hasson y N.-E. Sahlén, Lund, 1983, p. 14). Esta propuesta es significativa en la medida en que excluye la cuantificación numérica de los grados de probabilidad y hace evidente, con ello, que no pueden ser precisados más allá de una tosca aproximación. Sin embargo, tiene el inconveniente de estar fundada en términos del lenguaje común y, por tanto, de ser más bien vaga y tornar casi imposible el análisis de las situaciones probatorias más complejas, en particular, de la combinación de diversos elementos de prueba. Parecidas y hasta más graves críticas merece un reciente intento de usar los conceptos de Ekelöf en el ámbito de una equematización más amplia del razonamiento decisorio (cf. Klami, Hatakka y Sorvettula, *Burden of Proof. Truth or Law?*, en *Scandinavian Studies in Law* 34, 1990, pp. 122 ss., 130, 146). Estos conceptos son, en efecto, incompatibles, al menos en su última versión, con una determinación cuantitativa precisa de los grados de aceptabilidad de la prueba, de forma que no se entiende cómo puede insertarse en un modelo que pretende realizar un cálculo cuantitativo de los factores que inciden en la decisión.

64. Sobre el concepto de prueba indirecta v., más ampliamente, *infra*, capítulo VI, 2.1.

*cundario*<sup>65</sup>, es posible extraer inferencias que afectan a la fundamentación de la hipótesis en cuestión. El grado de apoyo que la hipótesis sobre el hecho puede recibir de esa prueba depende, entonces, de dos tipos de factores: el grado de aceptabilidad que la prueba confiere a la afirmación de la existencia del hecho secundario y el grado de aceptabilidad de la inferencia que se funda en la premisa constituida por aquella afirmación. El primer factor equivale estructuralmente a la situación indicada en el apartado anterior; el segundo depende esencialmente de la naturaleza de la «regla de inferencia» que se adopte para derivar conclusiones aptas para representar elementos de confirmación de la hipótesis sobre el hecho principal a partir de la afirmación del hecho secundario<sup>66</sup>. Así pues, el grado de aceptabilidad de la prueba no equivale al grado de confirmación de aquella hipótesis, ni a la inversa; el problema principal es precisamente la fundamentación de las inferencias desde el hecho probado al hecho afirmado en la hipótesis que se trata de confirmar.

La peculiaridad de esta situación deriva precisamente de la falta de coincidencia entre el hecho que constituye el objeto específico de la prueba y el hecho que es necesario probar en el proceso, ya que ésta impide considerar que la confirmación de la hipótesis sobre el *factum probandum* coincide con el grado de credibilidad de la prueba. La diferencia entre los dos hechos supone, en cambio, que la hipótesis relativa al *factum probandum* X puede recibir elementos de confirmación de la proposición sobre el hecho secundario Y únicamente si esta última puede ser asumida como premisa de una inferencia que permita obtener conclusiones acerca de la existencia de X<sup>67</sup>.

El problema de la confirmación de la hipótesis sobre X depende, pues, de dos factores: la posición de la premisa relativa a Y y la formulación de la inferencia de X a partir de Y.

En cuanto a la premisa referida a Y, está claro que no surge ningún tipo de problema si la prueba respectiva tiene un grado de credibilidad = 0: no estando probado Y, no se da la premisa que permite inferencias relativas a X. Tampoco surge problema alguno cuando el valor de

65. Sobre el concepto de «hecho secundario» y su distinción del «hecho principal» v., *supra*, capítulo II, 2.4.

66. Cf., en especial, Tillers, *Mapping Inferential Domains*, cit., pp. 227 ss.; Cohen, *The Probable*, cit., pp. 245 ss.; Schum, *op. ult. cit.*, I, pp. 35 ss., 92 ss. La situación a la que se hace referencia corresponde al esquema en el que las circunstancias *a, b, c, ... n* hacen aceptable la prueba de X y a partir de X se obtiene una inferencia relativa a Y, que es el *factum probandum*. V., al respecto, las elaboraciones desarrolladas por Schum, *ivi*, I, pp. 51 ss., y II, pp. 33 ss.

67. V., en general, Schum, *op. ult. cit.*, I, pp. 130 ss., 219 ss., 260 ss.

la prueba sobre  $Y = 1$ : en ese caso,  $Y$  está probado y el único problema que queda pendiente es el de comprobar si  $Y$  sirve como fundamento de inferencias relativas a  $X$ . En cambio, sí se presentan dificultades cuando el grado de credibilidad de la prueba sobre  $Y$  está entre 0 y 1. En ese caso, las teorías que aplican las concepciones cuantitativas de la probabilidad utilizarían ese valor intermedio numéricamente determinado como base para un cálculo dirigido a establecer en qué medida ese valor influye en el grado de probabilidad que debe atribuirse a la hipótesis sobre  $X$ <sup>68</sup>. Sin embargo, más allá de las dificultades que supone la aplicación de estas teorías de forma general, ya señaladas anteriormente<sup>69</sup>, un planteamiento de este tipo parece implicar un error conceptual. En efecto, debe observarse que, precisamente por la diversidad de los dos hechos, entre *la prueba sobre Y y la hipótesis relativa a X* no hay, en realidad, ninguna vinculación lógica directa: por un lado, el grado de credibilidad de la prueba sobre  $Y$  determina la confirmación de la hipótesis referida a la existencia de  $Y$ , pero, no versando sobre  $X$ , nada dice acerca de su hipótesis respectiva; por el otro, la confirmación de la hipótesis sobre  $X$  que se puede obtener a partir de la inferencia fundada sobre  $Y$  presupone, obviamente, que  $Y$  exista, al no tener sentido una inferencia que parta de premisas inciertas.

Esto equivale a decir que es necesario eliminar la incertidumbre referida a  $Y$ , es decir, establecer si  $Y$  puede o no ser asumido como premisa de una inferencia relativa a  $X$ . De lo que ya se ha dicho puede derivarse que este problema no queda resuelto por el valor de la prueba sobre  $Y$  si éste es intermedio entre 0 y 1. Corresponde, entonces, al juez resolver la cuestión, *decidiendo* si la hipótesis sobre  $Y$  tiene un apoyo suficiente para permitir la utilización de  $Y$  como premisa para una inferencia relativa a  $X$ . Esto no significa que el juez modifique el valor de la prueba sobre  $Y$  llevándolo hasta 1 o 0 en función de su decisión de utilizar o no utilizar  $Y$ . La decisión del juez consiste, en cambio, en establecer, *dado el valor de la prueba sobre Y*, si es razonable o no formular inferencias fundamentadas en  $Y$ . Está claro que la elección en sentido positivo es más racional cuanto mayor es el valor de la prueba sobre  $Y$ , mientras que la elección negativa es más racional

68. Esto depende de la aplicación del principio matemático de la transitividad, en función del cual el valor de probabilidad de la premisa influye en el cálculo del valor de probabilidad de la conclusión. Cf. Cohen, *The Probable*, cit, pp. 68 ss.; Schum y Martin, *Formal and Empirical Research on Cascaded Inference in Jurisprudence*, en *Law & Soc. Rev.* 17, 1982, pp. 118 ss., 145 ss.; también Bender, Röder y Nack, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*. Band I. *Glaubwürdigkeits- und Beweislehre*, München, 1981, pp. 181 ss.

69. V., *supra*, capítulo III, 3.1, 3.3.

cuanto menor es ese valor; también está claro que la elección es particularmente dudosa cuando ese valor está alrededor de 0,50. En cualquier caso, no debe olvidarse que esos números son sólo una forma de expresar el valor «lógico» que se atribuye a la prueba y no representan una verdadera y estricta cuantificación en los términos de la probabilidad/frecuencia.

En todo caso, la adopción de Y como premisa para la realización de inferencias sobre X depende de una *elección* del juez respecto de la cual el valor de la prueba sobre Y constituye un elemento indicativo<sup>70</sup> o un posible criterio de razonabilidad, pero no un elemento vinculante. En esta elección se produce un momento de discrecionalidad por parte del juez, quien, frente a un valor intermedio de la prueba sobre Y, debe decidir si razona *como si Y existiese* o *como si Y no existiese*. La racionalidad de una elección de este tipo no es, evidentemente, la de la verdad/falsedad absoluta de las proposiciones empíricas; más bien es aquella propia de las hipótesis de trabajo, que son adoptadas en función de su congruencia y aceptabilidad, y que se «verifican» sobre la base de su capacidad heurística y explicativa<sup>71</sup>. En resumen, el juez asume racionalmente Y como premisa para realizar inferencias sobre X si cree que dispone de buenas razones para considerar verdadero Y, donde las buenas razones no son la certeza absoluta de Y sino un grado de prueba que el juez considera racionalmente suficiente para justificar el uso de Y. El punto importante es, sin embargo, el siguiente: una vez que el juez ha decidido asumir Y como verdadero porque cree que hay elementos de prueba que justifican racionalmente esa decisión, la aserción de Y deja —por decirlo así— de ser «probable». Los elementos de prueba sobre Y agotan su función en la fundamentación de la elección del juez. Por otra parte, una vez que Y es razonablemente determinado, puede ser considerado como premisa autónoma de una inferencia ulterior, sin que la forma en que Y haya sido establecido (es decir, el hecho de que él mismo fuese probable) incida sobre ese pasaje sucesivo<sup>72</sup>. Esto equivale a rechazar la aplicación del principio matemático de la transitividad; ese principio tiene sentido en el ámbito de la teoría

70. En el establecimiento del nivel de fundamentación de la hipótesis sobre Y entra en juego la posibilidad de que al respecto se dé la denominada *corroboration* o *corroborative redundancy*, es decir, la posibilidad de que existan distintos elementos de confirmación sobre Y. Acerca de esa noción y sobre la diferencia de la misma con el supuesto de la *cumulative redundancy* v., *infra*, nota 108.

71. Sobre el papel y la posible racionalidad de elecciones de este tipo, cf. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pp. 39 s. [tr. cast., *Derecho y razón*, cit., pp. 64-66].

72. V., en particular, Cohen, *The Probable*, cit., p. 269.

matemática de la probabilidad, pero su aplicación no es necesaria en absoluto en contextos distintos de aquél<sup>73</sup>.

Una vez establecido que es razonable adoptar *Y* como hipótesis para realizar inferencias sobre *X*, surge, precisamente, el segundo género de problemas, que hace referencia a las consecuencias sobre *X* que pueden obtenerse a partir de *Y*.

Ante todo, es necesario tomar en consideración la posibilidad de que no se pueda conjeturar ninguna vinculación entre *X* e *Y*: esto significaría que *Y* —a pesar de que pueda estar probado en el juicio— no es, en realidad, lógicamente relevante a los efectos de confirmar la hipótesis sobre *X*. En ese caso, se podría decir que *Y* atribuye a esa hipótesis un grado de confirmación = 0, es decir, que *Y no dice nada* acerca de *X*<sup>74</sup>; en otras palabras, *Y* no es, en realidad, un elemento de prueba para *X*.

La posibilidad de realizar una inferencia que, fundándose sobre *Y*, produzca consecuencias respecto de *X* depende de la disponibilidad de criterios *tendencialmente* de orden general que instauren vinculaciones entre la clase de los *Y* y la clase de los *X*. También los pasos inferenciales de un hecho individual a otro presuponen siempre algún criterio de vinculación sin el cual esos pasos no serían lógicamente posibles. Al respecto, se puede recurrir al esquema «nomológico-deductivo» de la explicación causal<sup>75</sup>, con la condición de que resulte claro que ese esquema sirve para indicar la estructura de la inferencia entre hechos individuales fundamentada en alguna regla de inferencia, pero *no* para establecer la naturaleza lógicamente deductiva de esa inferencia. Su naturaleza lógica se reconduce habitualmente a los esquemas de la inducción más que a los de la deducción<sup>76</sup> y, a pesar de ello, es obvio que depende de las características específicas de los criterios que se usen para formular y justificar la vinculación entre los dos hechos<sup>77</sup>.

73. Es más, se puede decir que precisamente la posibilidad de prescindir de ese principio es una de las ventajas de la teoría no cuantitativa de la probabilidad: en efecto, ese principio produce complicaciones y resultados que no son coherentes con la valoración judicial de las pruebas (cf. Cohen, *op. ult. cit.*, pp. 68 ss.).

74. V., *supra*, apartado 1.1.

75. Para un análisis de este esquema y de algunas modalidades de su aplicación cf., ampliamente, Ferrajoli, *op. ult. cit.*, pp. 120 ss. [tr. cast., *op. ult. cit.*, pp. 141 ss.]. En términos generales, cf. Schum, *op. ult. cit.*, I, pp. 341 ss., 425 ss.

76. Para un análisis más amplio al respecto cf. Taruffo, *Studi*, cit., pp. 180 ss., 221 ss. Recurre también al concepto de inferencia inductiva Ferrajoli, *op. ult. cit.*, pp. 107 ss. [tr. cast., *op. ult. cit.*, pp. 129 ss.].

77. En este sentido, v. Tillers, *op. cit.*, pp. 280 ss., y Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 180 ss., 197 ss., 212 ss.

Esos criterios, y las características y las condiciones que deben presentar para que la inferencia sea «válida», dependen evidentemente de los contextos en los que se plantee el problema de la inferencia que va de Y a X. Así, una cosa es que se encuentre en el ámbito de un sistema axiomatizado, otra que se encuentre en el contexto de la física o de otra ciencia de la naturaleza y otra que se encuentre, en cambio, en el ámbito del análisis estadístico de fenómenos económicos o sociales. Cada uno de estos contextos, en realidad, define de forma peculiar las características de las inferencias que admite en su seno: gran parte de las teorías de los distintos ámbitos del conocimiento están precisamente dedicadas a analizar en qué casos y con qué condiciones se realizan inferencias válidas en cada uno de los ámbitos.

Desde este punto de vista, el contexto representado por la determinación de los hechos en el proceso se caracteriza por ser —digámoslo así— «poco exigente». No excluye e incluso favorece el empleo de metodologías científicas para la determinación de los hechos, de modo que algunas veces se dispone de criterios científicamente fundados (esto es, tendencialmente *seguros* y *precisos*) para la formulación de las inferencias sobre los hechos<sup>78</sup>. Sin embargo, ésta es una situación marginal; la situación «normal» está constituida por el uso de las nociones de sentido común en función de criterios para la formulación de esas inferencias. En este sentido, el proceso no es un contexto «científico», «especializado» o «formalizado»: es, en cambio, simplemente un caso particular de aplicación del sentido común. El discurso se fija, entonces, en aquellas «reglas», «máximas» o «nociones de la experiencia común» que representan el contexto cultural y el repertorio de conocimientos que el sentido común ofrece al juez como instrumentos para la valoración de las pruebas<sup>79</sup>. De este «repertorio» el juez extrae los criterios según los cuales, dado Y, se formulan posibles inferencias relativas a X.

78. V., *supra*, capítulo III, 3.4.

79. Sobre este tema cf., también para referencias bibliográficas adicionales, Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 197 ss., 207 ss.; Id., *Certezza e probabilità*, cit., pp. 88 ss.; Id., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, pp. 242 ss.; Nobili, *Nuove polemiche sulle cosiddette «massime d'esperienza»*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, pp. 123 ss. Entre lo más reciente, cf. G. F. Ricci, *Prove e argomenti di prova*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 1095 ss., que incluye abundantes referencias bibliográficas. En la doctrina alemana, que a través de Friedrich Stein individualizó la noción a la que se hace referencia (cf. Stein, *Das Private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893, pp. 14 ss. —tr. cast., *El conocimiento privado del juez*, a cargo de A. de la Oliva, Madrid, 1990, pp. 17 ss.—), cf., en especial, Löber, *Die Verwertung von Erfahrungssätzen durch den Richter im Zivilprozess*, tesis doctoral, Kiel, 1972, y también Koch y Rüssmann (v. la nota siguiente).



Obviamente, el tipo de inferencia que puede formularse y la naturaleza de las conclusiones que pueden obtenerse dependen de las características del criterio que se use para vincular  $X$  a  $Y$ . Así, por ejemplo, se podrá obtener una inferencia deductiva idónea para producir una consecuencia cierta sobre  $X$  si el criterio es una regla general del tipo «siempre que  $Y$ , entonces  $X$ », mientras que se podrán obtener inferencias probabilísticas sobre la base de criterios del tipo «en el 76,83% de los casos de  $Y$  también se da  $X$ », o bien —y éste es el caso más frecuente— inferencias *vagas* fundadas en máximas de experiencia también vagas en la medida en que expresan únicamente toscas e imprecisas generalizaciones de sentido común<sup>80</sup>.

En cualquier caso, es el tipo de inferencia que puede ser formulado acerca de  $X$ , partiendo de  $Y$ , el que determina el grado de confirmación que puede atribuirse a la hipótesis sobre  $X$ . Siempre utilizando una notación numérica convencional, se puede decir que ese grado de confirmación es = 1 o, en todo caso, apto para atribuir a  $X$  el carácter de certeza, en el supuesto, extraño, de una inferencia deductiva<sup>81</sup>, mientras que podrá tratarse de un valor intermedio entre 0 y 1 en todos los demás casos. Así, puede suceder que  $Y$  fundamente según un criterio adecuado una inferencia que haga muy probable la hipótesis sobre  $X$  y que, por tanto, pueda tener un grado de confirmación de 0,80 o 0,90, pero puede disponerse también de una inferencia que atribuya a la hipótesis un grado «débil» de confirmación (por ejemplo 0,20 o 0,30). Resulta útil recordar que, en el contexto representado por la lógica de hipótesis/confirmación el valor positivo, incluso cuando no es elevado, indica siempre un elemento de apoyo de la hipótesis, mientras que la diferencia entre ese valor y 1 no indica en absoluto el grado de fundamentación de la hipótesis contraria, sino sólo el ámbito

80. V., en particular, Taruffo, *Certeza e probabilità*, cit., *loc. cit.* Koch y Rüssmann (cf. *Juristische Begründungslehre: Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München, 1982, pp. 283 ss.) no tienen en cuenta este factor y, por un lado, definen las máximas de experiencia como generalizaciones empíricas, pero, por el otro, en realidad, toman únicamente en consideración los supuestos absolutamente marginales en que aquéllas equivalen a leyes generales o a frecuencias estadísticas exactamente determinadas (cf. las críticas a este punto de vista, *supra*, capítulo III, 3.3). Esto introduce un elemento altamente inaceptable en el modelo inferencial que ellos proponen, precisamente, con el fin de explicar el razonamiento del juez sobre los hechos; en especial, resulta infundada la tesis (sobre la que v., *ivi*, pp. 277 ss.) según la cual ese razonamiento seguiría en general un esquema deductivo.

81. Sobre este supuesto, posible pero muy infrecuente y que, en todo caso, no puede configurarse como una situación-tipo para todos los casos de empleo de máximas de experiencia, v., en especial, Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 89 ss.

en que ese elemento específico de prueba *nada dice* sobre la hipótesis, es decir, la mantiene *en la duda*<sup>82</sup>.

En general, de todos modos, el grado de confirmación que la inferencia fundada sobre *Y* atribuye a la hipótesis que concierne a *X* está determinado esencialmente por la naturaleza y las características del criterio que vincula *X* a *Y*: cuanto más seguro y preciso sea ese criterio, mayor será el grado de confirmación de la hipótesis y, en cambio, se obtendrán únicamente confirmaciones «débiles» a partir de criterios genéricos, vagos y de fundamento cognoscitivo incierto<sup>83</sup>.

En este sentido adquieren especial relevancia dos características de los criterios que se emplean para formular las inferencias entre hechos. La primera de ellas está referida al *contenido* del criterio y, específicamente, al tipo de vinculación que éste establece entre los hechos de la clase *X* y los de la clase *Y*. Podrá haber vinculaciones de orden general, del tipo «siempre que *Y*, entonces *X*», idóneas para fundar inferencias deductivas, o bien criterios estadísticos aptos para establecer la probabilidad/frecuencia de *X* dado *Y*, pero normalmente las máximas de experiencia enuncian criterios fundados sobre el *id quod plerumque accidit*, es decir, sobre generalizaciones incompletas o, en cualquier caso, vagas<sup>84</sup>. En todos esos casos se trata de inferencias inductivas en las que el grado de aceptabilidad de la conclusión (es decir, de la hipótesis sobre *X*) depende del tipo de vinculación entre *X* e *Y* y es, por tanto, tanto más bajo cuanto más indeterminada es esa vinculación.

82. V., *supra*, apartado 1.1.

83. La observación vale especialmente para aquellas hipótesis en las que la inferencia no se fundamenta siquiera en generalizaciones que, aunque vagas, sean reconducibles de alguna forma a la idea de «criterio» o de «regla», sino que recurre, en cambio, a imágenes, esquemas mentales, interpretaciones de hechos o de comportamientos (cf., en particular, Tillers, *op. cit.*, pp. 283 ss., 291 ss.). Se trata evidentemente de inferencias cuyo grado de vaguedad e incontrolabilidad es particularmente elevado, especialmente cuando no son reconducibles a reglas de inferencia o a generalizaciones identificables con un mínimo de precisión (así, Tillers, *ivi*, p. 284). El análisis de estos factores, por otra parte, corresponde más a la psicología que a la lógica del juicio, de forma que es difícil hablar en ese campo de estructuras nomológicas confrontables, aunque sea *per differentiam*, con los modelos bayesianos o baconianos (cf., en cambio, Tillers, *ivi*, pp. 280 ss.), que se presentan como racionalizaciones del juicio de hecho y no como explicaciones de procedimientos psicológicos. Sin embargo, incluso si se quiere admitir que caben en la estructura racional de las inferencias sobre los hechos elementos tan indefinibles (o al menos indefinidos), se está constreñido a admitir que éstos, por sí solos, pueden producir únicamente grados de confirmación racional muy bajos de la hipótesis sobre el hecho a probar. Como máximo, pues, esos elementos pueden ser considerados como factores añadidos o integrativos de inferencias que, en cualquier caso, deben estar fundamentadas en otros criterios más consistentes.

84. V. las referencias bibliográficas de las notas 79 y ss.

La segunda característica se refiere a la *fundamentación* del criterio de inferencia. Es obvio que la fuente de las máximas de experiencia es el sentido común o la cultura del hombre medio en una determinada situación espacio-temporal<sup>85</sup>, pero esto no agota el problema. Puede suceder, en efecto, que aquellas máximas tengan una fundamentación más sólida, como cuando se trata de la vulgarización de leyes naturales o científicas o cuando resultan aplicables criterios de control estadístico<sup>86</sup>, pero a menudo ocurre que su fundamentación es mucho más incierta o incluso insuficiente, como cuando se trata —más que de generalizaciones fundadas en la experiencia— de lugares comunes o de prejuicios difundidos. Está claro que también esta característica incide en el grado de aceptabilidad que la inferencia atribuye a la hipótesis sobre el hecho: ésta es menos aceptable, obviamente, cuanto más vago es el fundamento cognoscitivo del criterio empleado<sup>87</sup>.

2.3. *La cascaded evidence.*— Una situación particularmente compleja, en el ámbito de la hipótesis referida a la prueba indirecta, se produce en el caso de la denominada *cascaded evidence*, es decir, cuando el elemento de confirmación de la hipótesis principal deriva de una cadena de pasos inferenciales del tipo  $X \leftarrow A \leftarrow B \leftarrow C \leftarrow \dots \leftarrow N$ , donde  $A$ ,  $B$ ,  $C$  y  $N$  son hechos «secundarios», cada uno de los cuales es idóneo para fundar inferencias sobre el hecho «sucesivo»: el orden de la concatenación es el indicado por las flechas y la conclusión es la inferencia que versa sobre la hipótesis relativa al *factum probandum*  $X$ <sup>88</sup>. Resulta

85. V., una vez más, las referencias bibliográficas de las notas 79 y ss.

86. Sobre estos aspectos v., en particular, Koch y Rüssmann, *op. cit.*, pp. 326 ss., 341 ss.

87. No se plantea, al menos en este nivel, el clásico y complicadísimo problema de la confirmación de la inducción (al respecto v., por ejemplo, Cohen, *An Introduction*, cit., pp. 122 ss.). En efecto, el punto de referencia es aquí el sentido común y no el fundamento lógico o científico de las generalizaciones inductivas. Tiene sentido, sin embargo, observar que las nociones de sentido común pueden ser más o menos aceptables, del mismo modo que pueden ser verdaderas o falsas, y que esto no puede dejar de incidir en las consecuencias que el juez extrae de ellas.

88. Para la individualización y el análisis específico de esta situación v., en especial, Schum y Martin, *op. cit.*, pp. 105 ss.; también Schum, *op. ult. cit.*, I, pp. 51 ss., y Cohen, *The Probable*, cit., pp. 68 ss., 267 ss. Cf. además Bender, Röder y Nack, *op. cit.*, pp. 182 ss. La situación examinada equivale a la que analiza Wigmore con el nombre de *catenated evidence*: cf. Twining, *Theories of Evidence*, cit., pp. 35, 127, 142.

Las situaciones de *cascaded evidence* pueden ser más complejas que la que ha sido esquematizada en el texto. Así, puede suceder que  $N$  dependa, para su aceptabilidad, de inferencias extraídas a partir de circunstancias  $a, b, c \dots n$  (v., *supra*, apartado 2), o también que sobre alguno de los elementos intermedios de la cadena ( $A, B$  o  $C$ ) exista tam-

entonces evidente que el grado de apoyo del que dispone la hipótesis sobre  $X$  es el resultado de la cadena inferencial completa y de la función combinada de los grados de aceptabilidad de los distintos pasos que la componen.

Esta situación ha sido objeto de análisis por parte de la concepción cuantitativa de la probabilidad<sup>89</sup>, pero la aplicación de los principios matemáticos vinculados a esa concepción no ha ofrecido resultados apreciables. En particular, se acaba admitiendo valores de probabilidad comprensiva demasiado bajos o exigiendo en cada paso valores de probabilidad excesivamente altos y, en cualquier caso, distintos respecto a los criterios prevalecientes en sede de valoración de las pruebas judiciales<sup>90</sup>. En cambio, muchas de las dificultades que surgen de la aplicación de la teoría matemática de la probabilidad quedan resueltas si la situación ahora analizada lo es a la luz de la lógica de la inferencia que produce grados de aceptabilidad.

La cadena de inferencias puede ser analizada, precisamente, como una serie de pasos inferenciales, cada uno de los cuales se fundamenta en un determinado criterio de inferencia y parte de una premisa que se asume como establecida en la medida en que ello resulte justificado. Si

*bién* una inferencia derivada de una circunstancia «externa»  $d$  o  $f$ , que refuerce su aceptabilidad. Al respecto v. los esquemas configurados por Schum, *op. ult. cit.*, II, pp. 33 ss.

89. Para análisis formales referidos a esa situación v., especialmente, Schum y Martin, *op. cit.*, pp. 110 ss. 145 ss. Cf. también Bender, Röder y Nack, *op. y loc. ult. cit.*, y Eggleston, *Evidence, Proof and Probability*, London, <sup>2</sup>1983, pp. 37 ss., 237 ss.

90. También en esta situación, del mismo modo que en la examinada en el apartado anterior, los problemas derivan esencialmente de la aplicación del principio de transitividad, con la diferencia de que en el caso de las *cascaded inferences* ese principio produce inconvenientes aún más graves. En efecto, en la medida en que aumenta el número de pasos disminuye el valor final de probabilidad que deriva del producto de las fracciones que expresan los valores intermedios. Sin embargo, basta imaginar pocos pasos para comprender que este método produce resultados absurdos. Tómense, por ejemplo, las probabilidades intermedias  $A = 0,80$ ,  $B = 0,80$ ,  $C = 0,80$ . La probabilidad resultante es igual a su producto, es decir  $X = 0,504$ . Pero esto significa que la concatenación de tres inferencias, cada una de las cuales tiene un alto grado de probabilidad produce un resultado muy «débil». Obsérvese, además, que basta imaginar que  $B = 0,70$  para obtener un resultado final de  $X = 0,448$ , es decir una hipótesis *no aceptable* (porque está dotada de un valor de probabilidad inferior a  $0,50$ ), como resultado de tres inferencias que están dotadas, todas ellas, de un grado elevado de aceptabilidad. Este resultado es inevitable según la regla de la transitividad, pero es contraintuitivo y califica como inaceptable una conclusión que, en cambio, está razonablemente justificada.

Sobre la aplicación del principio de transitividad y sus inconvenientes v., en especial, Cohen, *The Probable*, cit., pp. 68 ss. Sin embargo, su aplicación está muy difundida: v., por ejemplo, Schum y Martin, *op. cit.*, p. 118; Bender, Röder y Nack, *op. cit.*, p. 182. Para una referencia general v. también Ferrajoli, *op. cit.*, p. 110 [tr. cast., *op. cit.*, pp. 131 s.].

se toma en consideración, por ejemplo, el paso  $A \rightarrow B$ , puede observarse que para estar válidamente formulado requiere que se disponga de un criterio de inferencia que permita vincular  $B$  a  $A$  y que  $B$  pueda ser asumido como premisa para esa inferencia. El problema parece surgir del hecho de que  $B$  es, a su vez, el resultado de una inferencia, fundada en  $C$ , que ha proporcionado un grado de confirmación intermedio entre 0 y 1 a la hipótesis sobre  $B$ . La dificultad de la teoría matemática nace del hecho de que tiende a vincular la inferencia que asume  $B$  como premisa al valor de probabilidad que se atribuye a  $B$  sobre la base de  $C$ , pero ésta parece una formulación inadecuada del problema<sup>91</sup>. En realidad, supuesto que la inferencia obtenida de  $C$  atribuya un determinado grado de confirmación a la hipótesis sobre  $B$ , corresponde al juez establecer si  $B$  puede ser usada racionalmente como premisa para una inferencia sucesiva, dado su grado de confirmación, o bien si esa adopción es irrazonable por ofrecer la hipótesis sobre  $B$  un margen de duda excesivo<sup>92</sup>. Si el grado de confirmación de la hipótesis sobre  $B$  es (considerado por el juez) demasiado bajo, la inferencia sucesiva no puede ser formulada por falta de la premisa  $y$ , por tanto, la cadena se interrumpe. En cambio, si el grado de confirmación es (considerado por el juez como) suficiente para asumir  $B$  como verdadero, entonces se dispone de la premisa para la inferencia sobre  $A$ : pero en ese caso la premisa  $B$  es asumida como «cierta» y el grado de confirmación de la hipótesis sobre  $A$  dependerá *únicamente* del criterio de inferencia que se use para vincular  $B$  con  $A$ <sup>93</sup>. El mismo argumento se repite en todos los eslabones de la cadena, incluido el último, es decir, en la inferencia que confiere un determinado grado de confirmación a la hipótesis referida al *factum probandum*.

Se trata, en resumen, de *no* aplicar a la cadena de inferencias la propiedad transitiva que, en cambio, sí está vinculada a la interpretación de las *cascaaded inferences* en términos de probabilidad matemática. Esto permite tomar en consideración por separado cada eslabón de la cadena de forma que esté fundado en una premisa que sea racionalmente adoptada (por el juez) como cierta, así como configurar el grado de confirmación de cada hipótesis concreta de forma que esté determinado *únicamente* por el criterio de inferencia que se use para obtener conclusiones referidas a la fundamentación de esa hipótesis es-

91. V. la nota anterior.

92. V., *supra*, apartado 2.1, en lo que concierne a la elección relativa a las premisas de la inferencia.

93. V., *supra*, apartado 2.2, acerca de las características de los criterios de inferencia.

pecífica<sup>94</sup>. Todo esto resulta coherente y razonable, aunque implica un punto de vista distinto del de la probabilidad matemática.

Este modelo de análisis tiene una consecuencia muy relevante, a saber: admite que el grado de confirmación de la hipótesis sobre *X* que parte de *C* es la consecuencia de una cadena de diversos pasos inferenciales, pero la cadena de inferencias puede ser válidamente formulada hasta llegar a la conclusión referida a *X* *sólo si cada inferencia específicamente considerada produce conclusiones dotadas de un grado de confirmación capaz de legitimar una valoración de certeza por parte del juez*.

En otros términos, no importa la longitud de la cadena si cada uno de sus eslabones «se mantiene» dentro del ámbito de la racionalidad de la adopción de hipótesis para la inferencia sucesiva sobre la base de la inferencia precedente. Por otra parte, el grado de confirmación que al final se atribuye a la hipótesis sobre *X* no es una función *de todas las inferencias* que componen la cadena, sino sólo de la última y del criterio en el que ésta se fundamenta. Esa inferencia deriva de las precedentes en la medida en que sólo puede ser formulada si han sido válidamente formuladas las que le preceden, pero no es el resultado de aquéllas<sup>95</sup>.

De este modo, el esquema de las *cascaded inferences* sigue siendo utilizable como método para atribuir un grado de confirmación a la hipótesis sobre *X*, pero lo es con una condición rigurosa, esto es, que ninguna inferencia de la cadena tenga un margen de duda tal que haga irrazonable la adopción de su conclusión como hipótesis «verdadera» sobre el hecho intermedio. En efecto, cada inferencia implica en realidad una elección del juez relativa a la posición de la premisa: siempre que el grado de confirmación de la hipótesis relativa no es = 1, como sucede en la mayoría de los casos, corresponde al juez decidir si supera la duda —definida por la diferencia entre el grado de confirmación y 1— y adopta como verdadera la proposición sobre el hecho intermedio a los efectos de proseguir con la cadena de inferencias, o bien si el margen de duda es demasiado elevado para justificar una operación de

94. Cf., en particular, la demostración de Cohen, *The Probable*, cit., pp. 267 ss. Obsérvese que, como se ha dicho en la nota 88, puede ocurrir que algunos eslabones intermedios de la concatenación (y, eventualmente, todos los eslabones) sean confirmados *también* por inferencias obtenidas a partir de circunstancias «externas» a la concatenación. Cada uno de esos eslabones puede así adquirir un grado de confirmación *adicional* respecto al que obtiene de la inferencia «interna». En resumen, *A* puede ser confirmado por *B*, pero también por circunstancias «externas» y «propias» de *A*: por tanto, la confirmación de *A* puede ser mayor, y parcialmente independiente, de la que obtiene a partir de *B*.

95. Cf. Cohen, *op. y loc. ult. cit.*

este tipo. Siendo ésta una decisión discrecional, no está ligada a criterios rígidos y vinculantes; no se trata, sin embargo, de una decisión completamente libre y arbitraria, sino de una decisión discrecional. Al respecto, el principal punto de referencia está constituido por el grado de confirmación que la proposición sobre el hecho recibe de la inferencia de la que constituye la conclusión, siendo evidente que la racionalidad de la adopción de ese hecho es más segura en la medida en que es más elevada la probabilidad lógica de la hipótesis respectiva, también en función —como ya se ha dicho— del tipo de criterio empleado para formular la inferencia concreta.

3. *Las combinaciones de pruebas.*—Una vez analizados algunos esquemas lógicos de las inferencias simples, en las que sólo un elemento de prueba se refiere a la hipótesis sobre el hecho, se pueden ya tomar en consideración los principales supuestos en los que el problema de la relación entre elementos de prueba e hipótesis sobre el hecho se presenta de forma compleja, ya sea porque hay distintos elementos de prueba o bien porque hay distintas hipótesis referidas a los hechos de la causa.

Resulta oportuno, antes de entrar en el análisis de las distintas situaciones complejas, realizar algunas observaciones preliminares.

La primera observación es que el análisis que prosigue no pretende agotar todas las situaciones posibles, y mucho menos ofrecer un tratamiento sistemático de las mismas. Pretende, únicamente, examinar algunas de las principales situaciones complejas para mostrar cómo opera el modelo de la probabilidad lógica como grado de confirmación de las hipótesis sobre los hechos. En particular, no serán tomadas en consideración las hipótesis de intersección o de mezcla entre situaciones complejas: éstas se producen en la práctica, aunque no son muy frecuentes, pero pueden solucionarse mediante una mera extensión de los criterios que aquí se analizan.

La segunda observación hace referencia a una simplificación relevante que es oportuno introducir aquí en aras de la claridad del discurso: consiste en no tener en cuenta la diferencia entre los distintos tipos de prueba, que ha sido analizada en el apartado 2. Así, se hará referencia de forma genérica a «pruebas» o a «elementos de prueba», pero está implícito que cada ocurrencia puede aludir a pruebas directas, indirectas o a *cascaded inferences*. Es obvio que todos los supuestos que se examinarán pueden ser desarrollados indefinidamente articulando esas diferencias. Por otra parte, aquellas posibilidades, que aquí permanecerán implícitas, aumentan el potencial explicativo de las hipótesis más simples que serán tomadas en consideración.

La tercera observación preliminar está referida a la forma de representar las distintas situaciones probatorias en el ámbito del grado de confirmación de las hipótesis sobre los hechos. Considerando las hipótesis en las que se dispone de una sola prueba, se ha dicho que el valor probatorio del elemento de prueba puede ser representado en una escala de 0 a 1, incluyendo los extremos y entendiendo la referencia numérica únicamente como una forma de expresar ciertas relaciones y no como una cuantificación de éstas. Se ha dicho también que, si se dispone de una única prueba, el grado de confirmación de la hipótesis sobre el hecho que aquélla determina puede ser expresado también con valores de 0 a 1, siendo sustancialmente equivalente al valor de la prueba disponible<sup>96</sup>.

Está claro que este esquema no puede ser aplicado integralmente en los casos en los que existan diversos elementos de prueba. En esos casos se puede conservar la escala de valores de 0 a 1 para indicar el valor de cada prueba concreta, pero evidentemente no puede usarse la misma escala para representar el grado conjunto de probabilidad de la hipótesis sobre el hecho, como, en cambio, sí se hace en la versión bayesiana del cálculo de probabilidad. En su momento se observó que esta representación del problema quizás sea funcional para la aplicación de aquel cálculo, pero provoca distorsiones relevantes de las situaciones «reales» que se producen en sede probatoria<sup>97</sup>. Como también se ha dicho ya, una adecuada representación del grado conjunto de confirmación de la hipótesis sobre el hecho se puede obtener pensando en una escala de valores  $0 \rightarrow \infty$ , es decir, sin predeterminedar el «techo» de los valores posibles<sup>98</sup>. Por tanto, se dispone de dos escalas de valores, una de ellas, de 0 a 1, que se usa respecto de cada medio de prueba concreto para indicar su específico valor probatorio en relación con la hipótesis sobre el hecho; la otra, de 0 a  $\infty$ , que puede ser usada para representar el grado de confirmación conjunto que diversos elementos de prueba atribuyen a aquella hipótesis. Se trata, intuitivamente, de dos escalas compatibles entre sí desde el punto de vista cuantitativo: en algún sentido, el problema de las situaciones probatorias complejas es el problema de sus posibles combinaciones, es decir, de la forma en que los valores de los concretos elementos de prueba se combinan para producir la probabilidad lógica conjunta de la hipótesis sobre el hecho.

96. V., *supra*, apartado 2.2.

97. V., *supra*, apartado 1.1.

98. V., *supra*, apartado 2.



3.1. *Las pruebas sobre hechos complejos.*—La primera situación que es necesario tomar en consideración es aquella en que la hipótesis sobre el hecho no es simple y unitaria porque, en realidad, el hecho a probar está constituido por una serie de hechos distintos o bien porque son relevantes distintas características del mismo «estado de cosas» empírico. Se dispondrá entonces de diversos elementos de prueba que, por simplicidad, pueden suponerse referidos cada uno de ellos a un hecho o a una circunstancia del supuesto de hecho<sup>99</sup> (según el esquema  $P1 \rightarrow H1$ ;  $P2 \rightarrow H2$ ; ...  $Pn \rightarrow Hn$ ). Se trata, como es fácil observar, de una situación común en la práctica judicial, donde es muy poco habitual que el hecho a probar esté constituido por un único evento «simple» definido por una sola característica relevante.

Sin embargo, esta situación ha creado problemas tan graves a la doctrina que emplea la versión bayesiana de la probabilidad matemática que ha sido, en realidad, una de sus principales razones de crisis. Esa doctrina, en efecto, aplica en este caso la regla de la conjunción, en virtud de la cual todas las proposiciones relativas a todos los elementos del hecho deben ser consideradas conjuntamente (como si constituyeran una sola hipótesis sobre el hecho), calculando conjuntamente los grados de probabilidad relativos a los específicos elementos de prueba para obtener un grado conjunto de probabilidad que valga para todos los elementos del hecho o bien para el hecho considerado en su conjunto<sup>100</sup>. Pero, más allá del hecho de que esta consideración conjunta no es inevitable ni especialmente útil, las modalidades matemáticas del principio de conjunción hacen casi imposible o insensato el cálculo bayesiano en la situación examinada. El valor de probabilidad conjunto es común a cada elemento concreto del hecho, y es siempre muy bajo. Sucede así por razones que tienen que ver con la estructura del cálculo y que son independientes del valor de los específicos elementos de prueba; las complicaciones aumentan, y el grado conjunto de pro-

99. Es posible, obviamente, que se disponga de una prueba (una declaración testimonial, un documento, etc.) que se refiera a más de un hecho o a más de una circunstancia del mismo hecho, pero esta eventualidad no tiene una relevancia especial desde el punto de vista que aquí interesa. En efecto, sigue siendo válida la posibilidad de considerar a cada medio de prueba en relación con los hechos específicos, individualmente considerados, a los que aquéllos se refieren.

100. A este respecto, v., en particular, Lempert, *The New Evidence Scholarship*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 69 ss.; Schum y Martin, *op. cit.*, pp. 112 ss.; Schum, *Probability*, cit., pp. 252 ss.; Allen, *op. cit.*, p. 24; Nesson, *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, en *Harv. L. Rev.* 98, 1985, pp. 1385 ss.; Levi, *Consonance, Dissonance and Evidentiary Mechanism*, en *Evidentiary Value*, cit., pp. 27 ss.; Freeling y Sahlin, *Combining Evidence*, *ivi*, pp. 58 ss.

babilidad disminuye, en la medida en que aumentan el número de circunstancias que deben ser determinadas<sup>101</sup>.

La tendencia del cálculo bayesiano a no resultar utilizable en situaciones frecuentes en la práctica y el hecho de que produzca resultados numéricos inservibles constituyen dificultades graves del modelo fundado en ese cálculo<sup>102</sup>, pero son éstos los problemas que ahora interesan principalmente. El elemento más relevante es que introduce una distorsión en una situación que, en cambio, no crea particulares dificultades si se observa a la luz de otros esquemas como, por ejemplo, el de la probabilidad lógica.

Así, no hay ninguna necesidad, frente a diversos hechos o a un «hecho» compuesto por distintas circunstancias o caracterizado por distintas modalidades, respecto de cada una de las cuales existan distintos elementos de prueba, de suponer que todo ello deba sintetizarse en una sola hipótesis dotada de un grado unitario de probabilidad<sup>103</sup>. Nada impide, al contrario, dividir el «hecho» en distintas subhipótesis, de las que se tendrá el grado de probabilidad lógica que los respectivos elementos de prueba puedan atribuirles<sup>104</sup>. En efecto, es lógica y prácticamente posible que distintas circunstancias tengan distintos grados de confirmación sobre la base de las pruebas y también que algunas de ellas resulten confirmadas y otras no<sup>105</sup>. No hay razón alguna para pensar que un conjunto de circunstancias deba ser necesariamente «todo verdadero», «todo falso» o «todo igualmente probable»: es posible que la realidad sea en parte distinta de esta o aquella representación que se

101. V., en particular, Allen, *op. cit.*, p. 25; Cohen, *The Probable*, cit., pp. 59 ss.

102. Se han sucedido distintos intentos de resolver estos problemas (v., por ejemplo, Levi, *op. cit.*, y Freeling y Sahlin, *op. cit.*), pero no parece que hayan producido resultados satisfactorios. En cambio, resulta claro que han producido complicaciones suficientes para hacer casi inaplicable el cálculo matemático en situaciones probatorias mínimamente complejas.

103. La regla de la conjunción lleva a calcular ese grado unitario, pero esto vale sólo en el interior del cálculo matemático de las probabilidades y seguramente no vale en el proceso. No tiene utilidad alguna, en realidad, tratar de establecer cuál es la probabilidad conjunta de todos los hechos o de todas las circunstancias relevantes, sobre la base de todos los elementos de prueba disponibles: este dato quizás pueda obtenerse con cálculos (de impresionante complicación), pero no dice nada significativo desde el punto de vista probatorio.

104. Cf., por ejemplo, Cohen, *The Probable*, cit., pp. 265, 277 ss.; Nesson, *op. cit.*, pp. 1387 ss.; Allen, *op. cit.*, p. 36.

105. Basta considerar que de dos hechos alegados en juicio uno de ellos puede ser verdadero y el otro falso: decir que en ese caso su probabilidad conjunta es = 0 porque  $1 \times 0 = 0$  significa distorsionar la realidad o, en todo caso, obtener un dato inútil. Si se dispone de pruebas sobre un hecho y no sobre otro, es absurdo decir que ninguno de los dos hechos ha sido probado por la única razón de que uno de ellos carece de prueba.

asume como hipótesis sobre el hecho y que los elementos de prueba disponibles reflejen esa falta de correspondencia total. En otros términos, puede resultar a partir de las pruebas un cuadro de las circunstancias de hecho *distinto* del que había sido inicialmente supuesto, del mismo modo que puede resultar que las hipótesis sobre las distintas circunstancias tengan fundamentos distintos sobre la base de sus respectivos elementos de prueba. Por ejemplo, es posible que se establezca con un elevado grado de aceptabilidad la dirección en que circulaba un vehículo, pero que haya un margen de duda mayor, o que no haya ninguna prueba realmente convincente, sobre el hecho de que la velocidad superara un determinado límite.

En resumen, cuando la hipótesis sobre el hecho es compleja porque versa, en realidad, sobre distintas circunstancias, no hay nada extraño desde el punto de vista cognoscitivo ni contradictorio lógicamente en la posibilidad de que los elementos de prueba disponibles atribuyan grados de confirmación distintos a las diversas subhipótesis que se refieren a cada circunstancia concreta. Es más, ésta es la situación que normalmente se produce en el proceso cuando se dispone de distintas pruebas referidas a circunstancias de hecho diversas. En cuanto a la decisión que en esta situación puede adoptar el juez, el criterio general es bastante obvio: es racional considerar probadas aquellas circunstancias que tienen un grado de confirmación adecuado y no probadas aquellas que tienen un grado de confirmación = 0 o tan bajo que el margen de duda respecto de ellas haría irracional considerarlas «verdaderas»<sup>106</sup>. La decisión en derecho deberá, obviamente, tomar en consideración qué circunstancias están probadas, aunque sea con grados de confirmación distintos entre ellas, y qué circunstancias no están probadas por tener un grado de confirmación 0 o, en todo caso, demasiado bajo para justificar otra decisión. Sin embargo, *este* problema ya no tiene que ver con la determinación de los hechos, sino que versa sobre la relación entre las circunstancias de hecho, que resultan determinadas sobre la base de las pruebas, y el supuesto de hecho jurídico sobre el que inicialmente se estableció la hipótesis compleja sobre el hecho a probar. Desde este punto de vista, puede suceder también que la determinación *parcial* de las circunstancias (por haber obtenido algunas de ellas un grado de confirmación demasiado bajo para considerarlas «verdaderas») no integre ese supuesto de hecho jurídico y, por tanto, no cumpla las condiciones de hecho necesarias para la aplicación de una determinada norma. Pero ésta es una posibilidad *de iure*

106. V., en particular, Nesson, *op. cit.*, p. 1388; Cohen, *The Probable*, cit., pp. 265 ss.

que puede producirse *después* de la adopción y la valoración de las pruebas y que, en consecuencia, no puede condicionar *ex ante* el método para su análisis.

3.2. *Las pruebas convergentes.*—Una situación que es, en algún sentido, ulterior a la recién estudiada es aquella en que se dispone de distintas pruebas respecto de la misma hipótesis sobre el hecho. Obviamente, puede tratarse de pruebas directas, indirectas o de *cascaded inferences*, pero no es esto lo importante en este momento. Es la pluralidad de pruebas sobre la misma hipótesis lo que crea problemas para el establecimiento de su grado de confirmación: se trata de establecer cómo se realiza la valoración conjunta de los elementos de prueba disponibles. Al respecto, resulta útil distinguir dos supuestos principales<sup>107</sup>: el primero es aquel en que los elementos de prueba son convergentes; el segundo es aquel en el que los elementos de prueba son contradictorios o divergentes.

Se está ante la situación de convergencia de distintos elementos de prueba respecto de la misma hipótesis cuando todos ellos tienden a producir el mismo resultado<sup>108</sup>. Este resultado es la confirmación de la hipótesis sobre el hecho *X*, de forma que se da la situación examinada cuando, por ejemplo, existe una prueba directa de *X* y una prueba indirecta, es decir, una prueba que demuestra la existencia de un hecho

107. No siempre esta distinción está clara en los análisis de situaciones caracterizadas por la pluralidad de elementos de prueba, lo que produce notables confusiones: cf. Allen, *op. cit.*, pp. 25 ss., 36 ss.; Schum, *Probability*, cit., pp. 237, 252.

108. Para una individualización más precisa de esta situación y para su análisis formal, cf. Schafer, *A Mathematical Theory*, cit., pp. 57 ss., 73 ss. V., además, Schum, *op. ult. cit.*, p. 237; Id., *Evidence and Inference*, cit., I, pp. 214 ss.; Cohen, *The Probable*, cit., pp. 58 ss., 93 ss., 277.

En el texto se examina la situación que ha sido definida como *cumulative redundancy* (v., en especial, Schum, *Evidence and Inference*, cit., I, pp. 148 ss., 156 ss., 174 ss., 216 ss.; Id., *Probability*, cit., p. 253), es decir, aquella en que se da la convergencia de distintos elementos de prueba respecto de la misma hipótesis sobre el hecho. Es preciso distinguir de esta situación, aunque a veces no se haga (para definiciones confusas, v., por ejemplo, Schum y Martin, *op. cit.*, p. 113) la denominada *corroborative redundancy* o *corroboration*, que se produce cuando distintos elementos contribuyen a reforzar la eficacia de un elemento de prueba concreto, por ejemplo convergiendo en la hipótesis de la existencia del hecho secundario del que es posible extraer inferencias sobre el hecho principal (cf. Schum, *Evidence and Inference*, cit., I, pp. 156 ss., 170 ss., 214 s.). Las dos nociones son estructuralmente análogas, dado que en ambas se dispone de distintos elementos que convergen hacia una misma conclusión; sin embargo, se refieren a situaciones distintas, tratándose en el primer caso del problema de la valoración conjunta de las pruebas, y en el segundo, del problema de la determinación del hecho secundario apto para fundar *una* prueba indirecta.

secundario del que es posible extraer una inferencia relativa a la hipótesis sobre X. Al tener que establecer el grado de confirmación resultante que las pruebas atribuyen a esa hipótesis, puede intuirse que debe derivarse, de algún modo, de la combinación de los distintos elementos de prueba. Sin embargo, incluso suponiendo que el valor de cada elemento de prueba esté exactamente definido, no está claro en absoluto de qué forma debe realizarse aquella combinación.

Este problema, que se presenta muy a menudo en la práctica judicial, ha constituido uno de los principales casos de aplicación del análisis en términos de probabilidad matemática, ya desde Bernoulli y Boole<sup>109</sup>, y es la hipótesis principal de aplicación del teorema de Bayes, además de otras elaboraciones, como la de Schafer<sup>110</sup>. No obstante, a pesar de la amplitud y el número de estas contribuciones, no puede decirse que se haya alcanzado un análisis satisfactorio del problema del conocimiento del grado de confirmación que distintos elementos de prueba convergentes atribuyen a la misma hipótesis sobre el hecho.

Respecto de la aplicación del teorema de Bayes, la objeción principal es que presupone la determinación de las *prior probabilities*, que en la mayoría de los casos es imposible en el proceso, y su relevancia determinante en el cálculo, siendo también este aspecto al menos discutible<sup>111</sup>. Objeciones análogas valen también para los otros modelos de cálculo de las probabilidades combinadas, que implican sustancialmente las mismas premisas o que, en cualquier caso, producen resultados escasamente significativos en el ámbito del proceso<sup>112</sup>.

Más allá de los aspectos específicamente matemáticos de estos modelos queda, por otra parte, una consideración de fondo referida a si reflejan efectivamente la situación probatoria que aquí se está discutiendo, es decir, si resuelven el problema de establecer cuál es el grado de confirmación de la hipótesis sobre el hecho cuando sobre la misma existen elementos de prueba convergentes. La respuesta a esta pregunta es, en diversos casos, negativa. A veces, en efecto, lo que produce el cálculo de la probabilidad no es *ese* dato sino algo distinto, como por ejemplo la probabilidad de que dos pruebas sean contemporáneamente verdaderas<sup>113</sup>.

109. V. las referencias en Cohen, *The Probable*, cit., p. 95.

110. Cf. Id., *A Mathematical Theory*, cit., *loc. ult. cit.* Para otros análisis matemáticos del problema v. Levi, *op. cit.*; Freileng y Sahlin, *op. cit.*; Schum y Martin, *op. cit.*, pp. 113, 145 ss.

111. Sobre estos puntos v., más ampliamente, *supra*, capítulo III, 3.1 y 3.3.

112. Cf. Cohen, *The Probable*, cit., pp. 95 ss., 99 ss.

113. Cf. Cohen, *ivi*, pp. 95 ss.

Una objeción análoga vale también para la teoría propuesta por Schafer<sup>114</sup>. Ésta evita el problema de las *prior probabilities* y utiliza una conceptualización distinta de la bayesiana, basándose, en cambio, en el concepto de ortogonalidad de las funciones de creencia<sup>115</sup>. Se trata de una perspectiva interesante, que pretende configurar la combinación de distintos elementos de prueba convergentes como el producto de las respectivas funciones o su intersección<sup>116</sup>. Esto equivale a decir que el objetivo es siempre individualizar un «lugar» conceptual caracterizado por la coincidencia de las dos funciones, es decir, la hipótesis en la que todos los elementos de prueba son aceptables, individualizando el cálculo matemático relativo a *esta* situación. Pero esto no se corresponde con la situación que se produce en el proceso cuando distintos elementos de prueba convergen en una misma hipótesis: lo que importa es, en efecto, el grado de apoyo que prestan a la hipótesis los elementos de prueba, no la probabilidad conjunta de éstos últimos<sup>117</sup>.

Si existen, por ejemplo, dos circunstancias *A* y *B*, de las que pueden extraerse inferencias acerca de la existencia de *X*, no interesa calcular la probabilidad conjunta de *A* y *B*, en el caso de que se conozca el grado de aceptabilidad de *A* y el de *B*. Lo que interesa es tomar en consideración las inferencias que *A* y *B* fundamentan respecto de *X* y comprobar si resulta confirmada la hipótesis sobre *X*. Sobre la base de cuanto se ha dicho al examinar las modalidades de valoración de la prueba única, esto presupone que el juez asuma *A* o *B* como premisas *válidas* para la inferencia sobre *X*, independientemente del hecho de que *A* y *B* tengan respectivamente un determinado «grado». La variabilidad no está, pues, representada por los «valores» de *A* y *B*, sino por los criterios que se usen para vincular *A* a *X* y *B* a *X*. Cada una de estas inferencias produce un determinado grado de confirmación de la hipótesis sobre *X*<sup>118</sup>: así, por ejemplo, se podrá tener  $A \rightarrow X = 0,70$  y  $B \rightarrow X$

114. Cf. *A Mathematical Theory*, cit., pp. 57 ss., 74 ss., 219 ss.. Para un análisis de la teoría de Schafer v. Schum, *Probability*, cit., pp. 235 ss., 240; Id., *Evidence and Inference*, cit., p. 226.

115. Cf. Schafer, *op. ult. cit.*, pp. 58 ss.

116. Cf. Schafer, *op. ult. cit.*, pp. 59, 62 ss.

117. Cf. Cohen, *The Probable*, cit., pp. 107 ss.

118. Esto presupone, como resulta de los análisis de la «convergencia», que los elementos de prueba son independientes entre sí, es decir, que *A* no esté determinado en función de *B* o viceversa. Esto es obvio cuando se trata de elementos de prueba verdaderamente *distintos*, pero implica la irrelevancia de su probabilidad conjunta y que el único dato relevante sea, precisamente, el de las inferencias autónomas que puedan realizarse de los elementos de prueba «hacia» la hipótesis sobre el hecho. Sobre el principio de independencia de los elementos de prueba convergentes, cf. Cohen, *The Probable*, cit., pp. 279 s.; Schafer, *op. ult. cit.*, pp. 127 ss., 147 ss., 247 ss.

= 0,90; o bien  $A \rightarrow X = 0,10$  y  $B \rightarrow X = 1$ , etc., recordando siempre que esos números representan exclusivamente el grado de confirmación que la hipótesis sobre  $X$  recibe, respectivamente, de  $A$  y de  $B$  (no la probabilidad de  $A$  y de  $B$ ).

El mismo discurso vale, con mayor razón, cuando hay dos declaraciones testificales  $T1$  y  $T2$  relativas al hecho  $X$ , cada una de las cuales tiene su propio grado de aceptabilidad (supongamos que  $T1 = 0,70$  y  $T2 = 0,80$ ), establecido sobre la base de sus respectivos elementos de valoración<sup>119</sup>. En ese caso, lo que interesa no es calcular el grado de probabilidad de la hipótesis conjunta de que ambos testigos digan la verdad: un dato de este tipo no equivale en absoluto al grado de confirmación de la hipótesis sobre  $X$  y no interesa por sí mismo en el proceso. En efecto, si el problema es conocer de qué forma y en qué grado  $T1$  y  $T2$  confirman la hipótesis sobre  $X$ , lo que importa son los respectivos grados de aceptabilidad y la influencia que éstos tienen sobre esta hipótesis. En realidad, que ambos testigos digan la verdad ha sido ya establecido en sede de valoración de la aceptabilidad de la prueba, con el grado de 0,70 para  $T1$  y 0,80 para  $T2$ , de forma que no se entiende por qué debe ser aún *este* punto —y no el grado de confirmación de la hipótesis sobre  $X$ — el objeto exclusivo del cálculo.

Parece, en cambio, razonable suponer que si el problema es establecer el grado de confirmación conjunto de la hipótesis sobre  $X$ , estando presentes distintos elementos de prueba que tienen un valor, cada uno de ellos, representado por un número entre 0 y 1 (ambos incluidos), el único modo posible de racionalizar la convergencia de los elementos de prueba es el de *sumar* sus respectivos valores, obteniendo de esta forma el grado conjunto de confirmación de la hipótesis sobre  $X$ <sup>120</sup>. Esto implica reconocer —contrariamente a lo que hacen

119. A diferencia de lo que sostiene Cohen (*op. ult. cit.*, p. 278), el valor de una declaración testimonial no aumenta cuando es coherente o convergente con otra. Dos declaraciones testimoniales convergentes pueden ser ambas falsas y cada una de ellas no resulta menos falsa por el solo hecho de no ser aislada. Aparte de esto, la presencia de dos o más pruebas aceptables y convergentes incrementa el grado de fundamentación de la hipótesis sobre el hecho en el que convergen, no el grado de aceptabilidad de cada elemento de prueba concreto.

120. La idea de sumar los valores relativos a los elementos de prueba concretos no implica que se trate de modelo de cálculo especial, en contraste con el de Schafer o con las distintas aplicaciones del teorema de Bayes. Se trata, en cambio, de una forma particularmente elemental de racionalizar el significado de la convergencia de distintos elementos de prueba hacia una misma hipótesis sobre el hecho. Como ya se aclarado anteriormente, en el contexto de la probabilidad lógica el recurso a notaciones numéricas, y también a sus respectivas operaciones, es puramente convencional y no denota una verdadera cuantificación de los elementos que entran en la valoración del juez.

las versiones bayesianas— que este grado conjunto puede ser superior a 1, pero esto —como ya se ha visto en su momento— no constituye un problema fuera del contexto bayesiano.

Así, si se dispone de declaraciones testificales convergentes con valores 0,70 y 0,80, esto significa que conjuntamente atribuyen a la hipótesis sobre *X* un grado de confirmación superior al que se derivaría de cada una de ellas individualmente considerada. Dejando a un lado lo que se dirá más adelante acerca del orden de adquisición de las pruebas, el grado conjunto es, en este caso, de 1,50 (siempre recordando que también aquí se trata sólo de una forma de expresar una situación y no de una verdadera y estricta cuantificación). Análogamente, si las inferencias obtenidas de los hechos secundarios *A* y *B* tienen, respectivamente, los valores 0,10 y 1, el grado conjunto será 1,10, si tienen valores de 0,80 y 0,90 aquél será de 1,70, etcétera.

Dado que no hay teóricamente límite para el número de elementos de prueba utilizables, no es posible prefijar un límite teórico al grado conjunto de confirmación de la hipótesis sobre *X*; además, el método de la suma de los grados de confirmación de cada elemento de prueba parece el único capaz de dar cuenta de varios fenómenos, como la posibilidad de que varios elementos de prueba cooperen en distinta medida para determinar la probabilidad lógica conjunta de *X*, así como que el valor de esta probabilidad aumente en función del incremento de los elementos de prueba y en función del valor específico de cada uno de ellos<sup>121</sup>.

3.3. *Las pruebas en conflicto.*—Problemas análogos a los anteriores, aunque con mayor complejidad, se plantean cuando se dispone de un conjunto de elementos de prueba distintos que no sólo no convergen hacia un mismo resultado sino que están en conflicto entre sí y en referencia a la hipótesis sobre el hecho<sup>122</sup>. Esto es, se trata de la situación en la que algunas pruebas confirman (directa o indirectamente) la hipótesis sobre el hecho, mientras que otras la niegan. Obviamente, son tomadas en consideración únicamente las pruebas que tienen un resultado preciso, positivo o negativo, y no aquellas «fallidas». Así, por ejem-

121. Una de las críticas más eficaces a la teoría bayesiana es precisamente que ésta no da cuenta de la modificación progresiva de la situación en función de la adición de nuevos medios de prueba (v., en particular, Brilmayer, *Second-order Evidence and Bayesian Logic*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 160 ss.).

122. Sobre esta situación v., en particular, el análisis de Schafer, *op. ult. cit.*, pp. 82 ss., 225 ss., 280 ss., y de Schum, *Probability*, cit., p. 252, e Id., *Evidence and Inference*, cit., I, pp. 182 ss.



plo, para que se disponga de un elemento de prueba negativo no basta que el testigo diga que no recuerda los hechos, porque en este caso no se tiene ninguna prueba, ni en un sentido ni en otro. Del mismo modo, no se tiene una prueba indirecta negativa cuando a partir de un hecho supuestamente secundario no es posible, en realidad, obtener inferencia alguna acerca del hecho principal, dado que en ese caso se tiene sólo una circunstancia irrelevante; para que se disponga de una prueba negativa es necesario, en cambio, que el hecho secundario funde una inferencia cuya conclusión niegue la hipótesis de la existencia del hecho principal<sup>123</sup>.

También cuando el conjunto de elementos de prueba disponibles es contradictorio, en el sentido de que existen elementos de prueba positiva y negativa en conflicto entre sí, el problema es establecer el grado conjunto de apoyo que esos elementos atribuyen a la hipótesis sobre el hecho. Es evidente, sin embargo, que este problema se plantea en términos distintos y mucho más complejos respecto de la situación en la que existían diversas pruebas convergentes hacia la confirmación de la misma hipótesis. Por un lado, en efecto, en el caso de las pruebas contradictorias es necesario tomar en consideración la eventualidad de que la hipótesis acabe teniendo un grado final de confirmación = 0, lo que, obviamente, no sucede en el caso de las pruebas convergentes. Por otro lado, el grado de confirmación final de la hipótesis se deriva, evidentemente, de la combinación de los resultados de las distintas pruebas, pero el resultado de esa combinación no es intuitivamente previsible. No es siquiera verdadero *a priori* que un conjunto contradictorio produzca siempre un grado de confirmación inferior al producido por un conjunto convergente, porque puede suceder que éste atribuya a la hipótesis sobre el hecho un grado de confirmación limitado y que, en cambio, un conjunto contradictorio en el que las pruebas positivas prevalezcan ampliamente sobre las negativas puede ofrecer a esa hipótesis un grado de confirmación elevado.

El problema fundamental es, pues, la forma en que se analizan y valoran las pruebas que componen un conjunto contradictorio. Este problema no se resuelve simplemente pensando en alguna suerte de suma algebraica entre elementos de prueba positivos y negativos y tampoco suponiendo que, de alguna forma no precisada, los elementos negativos «cancelen» o «reduzcan» a los positivos o viceversa<sup>124</sup>.

123. En general, sobre el concepto de *evidence* negativa cf. Schum, *Evidence and Inference*, cit., I, pp. 255 ss., 261 ss.

124. Es obvio, en efecto, que si a una declaración testifical positiva sobre X le sigue una declaración negativa no se puede decir que la segunda «anula» o «compensa» la pri-

La valoración de los efectos de un conjunto de elementos de prueba en conflicto requiere una elaboración más sofisticada: no es casualidad que esta situación sea siempre el banco de prueba más difícil y problemático de las distintas teorías con las que se ha intentado racionalizar la incertidumbre derivada de la contradictoriedad interna del conjunto de las pruebas disponibles<sup>125</sup>. Sin embargo, esas teorías no siempre parten de una adecuada definición de los términos del problema, de forma que en lugar de tomar en cuenta los resultados de las distintas teorías vale la pena intentar formular una redefinición completa del problema mismo, aunque sólo sea en una primera aproximación.

Frente a la existencia de pruebas contradictorias o en conflicto respecto de la hipótesis sobre  $X$ , puede observarse que, en realidad, se está ante dos hipótesis contradictorias acerca del hecho  $X$ : una de ellas (que se puede representar como  $VX$ ) es sostenida por algunos elementos de prueba y afirma que  $X$  ha sucedido; la otra (que se puede representar como  $FX$ ) es sostenida por otros elementos de prueba y afirma, en cambio, que  $X$  no se ha producido. No importa si ambas hipótesis han sido o no expresamente formuladas en las alegaciones preliminares: lo importante es que, en cualquier caso, estén incluidas en el contexto definido por un conjunto contradictorio de elementos de prueba. Es necesario tener en cuenta ese dato en el análisis de los resultados que se deriven de esos elementos.

Desde el punto de vista lógico, se puede observar que necesariamente una de las dos hipótesis,  $VX$  o  $FX$ , tiene que ser válida, de forma

mera, o viceversa, si no es en términos de un tosco psicologismo. De hecho, todas las pruebas, también las que están en conflicto o contradictorias, existen y son por tanto objeto de valoración bajo el punto de vista de la relación inferencial que tienen con la hipótesis sobre el hecho. Tanto la prueba positiva como la prueba negativa son valoradas; ambas determinan la decisión sobre el hecho y la forma en que esto se realiza es precisamente el objeto de análisis que se desarrolla en el texto. Además, la determinación de la probabilidad lógica supone que *todos* los elementos de prueba sean tenidos en consideración, independientemente de su contenido específico (cf. Benenson, *op. cit.*, pp. 23 ss., 49 ss.).

125. Para el análisis bayesiano de esta situación cf. Schum y Martin, *op. cit.*, p. 112; Schum, *Probability*, cit., p. 252; Id., *Evidence and Inference*, cit., I, p. 211. Obsérvese, por otra parte, que en la doctrina bayesiana esta situación no es más que un caso particular de la situación de convergencia. Por ello, valen también a este respecto las consideraciones ya formuladas acerca de la inadecuación del cálculo bayesiano: también Schaffer, *A Mathematical Theory*, cit., pp. 82 ss., 255 ss., se ocupa del conflicto entre elementos de prueba, pero desde el punto de vista de la combinación de pruebas en conflicto, no del de los grados de confirmación de hipótesis alternativas sobre el hecho, fundamentadas en distintos elementos de prueba. En el sentido del texto, es decir, entendiéndolo que la *disonancia* entre elementos de prueba caracteriza la presencia de diversas pruebas referidas a distintas hipótesis, v., en cambio, Levi, *op. cit.*, p. 30.

que, en abstracto, cada una de las hipótesis tiene un grado de probabilidad de 0,50 sobre una escala de valores 0 – 1. Los elementos de prueba disponibles deberían modificar esta situación de equilibrio, atribuyendo a *VX* un valor superior a 0,50 y, por tanto, a *FX* un valor correlativamente inferior, o viceversa<sup>126</sup>. Sin embargo, esta representación no parece adecuada: por un lado, considerar que la suma de los valores de las pruebas disponibles, o de las hipótesis disponibles, debe ser = 1 es funcional al cálculo de la probabilidad estadística pero no es intrínsecamente necesario y, además, implica la consideración adicional —a su vez injustificada— de que el margen de incertidumbre sobre una hipótesis es el grado de probabilidad de la hipótesis contraria<sup>127</sup>. Por otro lado, resulta lícito dudar de que este esquema sea idóneo para representar adecuadamente las situaciones procesales en las que algunos elementos de prueba ofrecen apoyo a *VX* y otros, en cambio, a *FX*<sup>128</sup>.

También en la situación que ahora se está considerando parece oportuno analizar adecuadamente la relación entre las hipótesis sobre el hecho y sus respectivos elementos de prueba.

Este análisis puede realizarse, y resulta relativamente simple, si se distinguen las dos hipótesis *VX* y *FX*. El hecho de que existan elementos de prueba positivos significa que *VX* puede tener un cierto grado de confirmación y el hecho de que existan elementos de prueba negativos significa que también *FX* puede tener un cierto grado de confirmación. Desde el punto de vista de la situación probatoria que en concreto se produce, no hay ninguna complementariedad entre las dos situaciones y nada dice que el grado de confirmación de una hipótesis deba estar necesariamente vinculado al de la otra<sup>129</sup>. En efecto, el grado de confirmación se obtiene de los elementos de prueba específicamente referidos a la hipótesis concreta y no de otros factores.

Se tratará, entonces, ante todo de establecer cuál es el grado de confirmación de *VX* sobre la base de los elementos de prueba positivos y cuál es el grado de confirmación de *FX* sobre la base de los elemen-

126. En lo sustancial, ésta es la perspectiva bayesiana, sobre la que pueden verse las referencias incluidas en las notas precedentes.

127. Para la inaceptabilidad de estas consideraciones v., *supra*, apartado 1.1 y capítulo III, 3.1.

128. Cf. Cohen, *The Probable*, cit., pp. 74 ss.

129. Como ya se vio en su momento (*supra*, apartado 1.1 y capítulo III, 3.1), éste es el principio según el cual *VX* y *FX* son complementarias, en el sentido de que su suma es siempre = 1, de forma que el grado de confirmación de una de las hipótesis aumenta con la disminución del de la otra. Este principio es típico del cálculo cuantitativo de la probabilidad/frecuencia, pero no es en absoluto necesario en otros contextos.

tos de prueba negativos. Al respecto, son válidas, obviamente, las observaciones ya realizadas acerca de las modalidades de determinación del valor de cada elemento de prueba y respecto de la determinación del grado de confirmación de una hipótesis sobre la base de pruebas convergentes<sup>130</sup>. En muchos sentidos, la situación que se está examinando es reconducible a los análisis ya realizados: tanto para VX como para FX se trata, en realidad, de grados de confirmación sobre la base de las pruebas respectivamente relevantes, que pueden ser una o más de una, directas o indirectas.

Por tanto, VX puede tener, por ejemplo, un grado de confirmación = 1,70, en la medida en que haya una declaración testifical directa con un valor de 0,80 y varios hechos secundarios que funden inferencias con valores de 0,40 y 0,50. Por su lado, FX puede tener, por ejemplo, un grado de confirmación de 1,50 porque disponga de dos declaraciones testificales con valores de 0,40 y 0,50 y de algunos hechos secundarios que funden inferencias con valores de 0,30 y 0,30, respectivamente. Obviamente, los valores y esquemas pueden cambiar infinitamente: el ejemplo sólo sirve para mostrar que VX y FX pueden tener cualquier grado de confirmación, determinado exclusivamente por la suma de los valores relativos a los respectivos elementos de prueba.

Como ya se ha dicho, desde el punto de vista lógico la hipótesis acerca de la existencia de X no puede ser más que verdadera o falsa; esto no excluye, sin embargo, que desde el punto de vista probatorio, y hasta que la decisión no haya sido formulada, cada una de las dos hipótesis pueda tener su propio grado de confirmación sobre la base de sus respectivos elementos de prueba.

Los grados de probabilidad lógica que, de esta forma, se atribuyen a VX y FX no están vinculados entre sí y mucho menos son complementarios, al no estar situados sobre una misma escala de valores y no tener un límite las escalas de valores que se refieren al grado de confirmación de las hipótesis sobre X. Además, en el contexto confirmación/hipótesis la probabilidad de la hipótesis negativa no es el complemento de la probabilidad de la hipótesis positiva: el complemento conceptual del grado de confirmación de la hipótesis negativa es la mera plausibilidad de la existencia de X<sup>131</sup>.

Así pues, en resumen, VX y FX adquieren, sobre la base de los elementos de prueba disponibles, grados *independientes* y *autónomos* de

130. V., *supra*, apartado 2 e, *infra*, 4.2.

131. Para la distinción de estas nociones, aunque en un contexto distinto, cf. Schafer, *op. ult. cit.*, pp. 43, 144 ss.

probabilidad lógica. El mismo tipo de análisis es válido también para la otra situación de hipótesis en conflicto acerca de la existencia de  $X$ , es decir, cuando los hechos a probar son  $X$  e  $Y$  pero la existencia de  $Y$  es de alguna forma incompatible con la de  $X$ <sup>132</sup>.

Aquí el problema es establecer los grados de confirmación de las hipótesis  $VX$  y  $VY$ , supuesto en todo caso que no pueden ser ambas verdaderas, ya que  $VX$  sólo vale si  $VY$  no es aceptable.

En este caso, tratándose de hipótesis referidas a hechos *distintos*, aunque incompatibles, y no de hipótesis contradictorias acerca del mismo hecho, debería ser aún más evidente la posibilidad de considerar separadamente las hipótesis  $VX$  y  $VY$ . Cada una de ellas, en efecto, puede tener sus respectivos elementos de prueba (por ejemplo, un testigo dice que Ticio estaba en Milán en un día determinado y otro testigo dice que ese mismo día Ticio estaba en Roma) y sobre la base de esos elementos cada una de ellas adquiere un específico grado de confirmación.

Además, ni siquiera surge en este caso el problema lógico que se puede plantear acerca de  $VX/FX$ . Entre  $VX$  y  $VY$ , en efecto, no se plantea ninguna relación *lógica*, en el sentido de que lógicamente  $VX$  y  $VY$  son compatibles; y únicamente en el plano empírico, sobre la base de alguna ley, regla o principio referido al funcionamiento del mundo real, la existencia de  $Y$  excluye la de  $X$  y viceversa. Esto implica que en sede de decisión tenga que efectuarse una elección entre  $VX$  y  $VY$ , pero no supone obstáculo alguno para configurar la situación probatoria en los términos de los respectivos e *independientes* grados de confirmación sobre la base de los elementos de prueba disponibles.

Desde el punto de vista que aquí importa, finalmente, es absolutamente problemática la situación de complejidad de los hechos que se produce cuando  $X$  e  $Y$  están vinculados únicamente por un nexo jurídico, de forma que  $Y$  incide sobre los efectos jurídicos de  $X$ <sup>133</sup>. En este supuesto, no sólo es posible conjeturar contemporáneamente  $VX$  y  $VY$ , sino que también es posible que ambas hipótesis reciban consistentes grados de confirmación y que ambas se consideren justificadas en sede de decisión. Está claro, en efecto, que  $X$  y  $Y$  no son incompatibles en el plano lógico y tampoco en el del mundo real; además, no son incompatibles siquiera en el plano jurídico porque la ley no excluye que los dos hechos puedan producirse conjuntamente y se limita a regular lo concerniente a sus consecuencias jurídicas. En realidad, desde el punto

132. Para el análisis de esta situación v., *supra*, apartado 1.3.

133. Sobre esta situación v., *supra*, apartado 1.4.

de vista del contexto probatorio, esta última situación no es siquiera compleja: no se trata, en efecto, de un caso particular de hipótesis fácticas en conflicto, sino de un caso particular de hipótesis autónomas, caracterizadas únicamente por una vinculación jurídica.

4. *La selección de la hipótesis sobre el hecho.*—Las páginas que preceden han sido dedicadas a la elaboración de esquemas para el análisis de las situaciones en que se plantea la relación entre elementos de prueba e hipótesis sobre el hecho y de las inferencias simples y complejas mediante las que los elementos de prueba atribuyen grados de confirmación a las hipótesis sobre el hecho. Obviamente, han sido objeto de análisis las principales situaciones *de base*, no todas las situaciones posibles que derivan de sus combinaciones. Se ha intentado también ofrecer *esquemas* necesariamente abstractos, no analizar situaciones concretas.

En este punto, el discurso se integra con un último elemento, que concierne a los criterios según los cuales puede ser racionalmente formulada la decisión relativa a la fundamentación de la hipótesis sobre el hecho.

De forma preliminar, resulta oportuno precisar algún aspecto general de las consideraciones que se realizarán a este respecto.

Por un lado, deben explicitarse algunas implicaciones que derivan del hecho de que se trate de criterios para una decisión *racional*. Una primera implicación se refiere a la asunción (sin que sea necesaria una justificación específica en este punto) de que es sensato y posible referirse a métodos racionales para la decisión sobre el hecho. Supuesto esto, resulta también sensato ocuparse *únicamente* de los métodos y los criterios racionales de la decisión sobre el hecho, aunque esto pueda sonar como una abstracción o una drástica reducción de la sugestiva riqueza de temas que se suponen vinculados a esta problemática. En resumen, es posible ocuparse de la decisión sobre el hecho sugiriendo perspectivas intuicionistas, irracionalistas o escépticas, pero todo ello es extraño a la perspectiva que aquí se adopta y, por tanto, no será objeto de atención<sup>134</sup>.

Otra exclusión que deriva de la adopción de una perspectiva que analiza los esquemas racionales de la decisión sobre el hecho afecta al estudio *psicológico* de la decisión. A diferencia de cuanto vale para los distintos irracionalismos, se puede considerar que el análisis psicológico de la decisión sobre el hecho, o de alguno de sus aspectos, presenta elementos de notable interés y representa un terreno de investigación

134. Al respecto, v. ampliamente, *supra*, capítulo I, 2.1.

de gran importancia<sup>135</sup>. Sin embargo, dado que la fuerza lógica de un silogismo no equivale a (y no depende de) los procesos mentales de quien los formula, el análisis racional de los esquemas y de los criterios de la decisión debe distinguirse, al menos en línea de principio, del análisis psicológico de los procesos cognitivos que puedan llevar a la decisión en el caso concreto<sup>136</sup>. En resumen, una cosa es analizar el procedimiento psicológico de la decisión, que aquí *no* se pretende realizar, y otra es discutir modelos racionales de decisión.

Una segunda implicación que deriva de ocuparse de los criterios racionales de decisión sobre el hecho consiste en poner entre paréntesis (al menos por el momento) el examen de eventuales criterios *jurídicos* para esa misma decisión. En otros términos, parece útil examinar aquí los criterios de selección de la hipótesis sobre el hecho haciendo abstracción de la posibilidad de que la ley intervenga al respecto, mediante normas de prueba legal, con la previsión de estándares probatorios en materia de aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba o también «debilitando» los criterios de decisión sobre el hecho en función de particulares exigencias procesales<sup>137</sup>. En cierto sentido, es posible considerar los criterios jurídicos de decisión sobre el hecho como variaciones o desviaciones (más o menos justificadas por razones jurídicas) respecto del modelo representado por los criterios racionales de decisión. Si esto es verdad, tiene sentido dedicar ahora alguna atención a esos criterios, analizando más adelante las variaciones o desviaciones jurídicas respecto de los mismos. Además, no siempre los criterios racionales y los criterios jurídicos de decisión están en oposición: en los sistemas dominados por la discrecionalidad o la «libertad» del juez en la valoración de las pruebas, el núcleo del juicio está representado por decisiones formuladas según criterios de racionalidad, mientras que los criterios jurídicos (cuando no son reformulaciones de los racionales)

135. Cf. las fundamentales contribuciones examinadas y discutidas en Nisbett y Ross, *Human Inference: Strategies and Shortcomings of Social Judgment*, New Jersey, 1980; v., además, Rumiaty, *Giudizio e decisione. Teorie e applicazioni della psicologia della decisione*, Bologna, 1990, pp. 15 ss., 77 ss., 218 ss. Entre lo más reciente, y en referencia específica a la decisión judicial, v. la interesante investigación de Catellani, *Il giudice esperto. Psicologia cognitiva e ragionamento giudiziario*, Bologna, 1992, especialmente pp. 111 ss., 145 ss., 159 ss., 239 ss.

136. En el mismo sentido, cf. Catellani, *op. cit.*, p. 122. La integración del análisis racional y del análisis psicológico es intentada y sugerida en algunos sectores de la epistemología (v., por ejemplo, Goldman, *op. cit.*, pp. 13 ss., 181 ss. y *passim*), pero no parece que hasta ahora existan suficientes razones para considerar infundada esta decisión.

137. Estos problemas serán analizados más adelante: v. el capítulo V, 2.3 sobre el concepto de prueba legal y el capítulo VI, 3.3, 3.4 y 3.5.

tienen una función marginal y simplemente integrativa respecto de la base racional de la selección del juez.

Por otra parte, debe tenerse en consideración que aquí se trata de esquemas de racionalización, no de modelos lógico-formales o de estructuras deductivas. Frente al problema de la incertidumbre en el juicio sobre los hechos<sup>138</sup>, no se puede pensar en métodos que produzcan certidumbres absolutas y parece más bien oportuno pensar en criterios de racionalización mediante la reducción de la incertidumbre. En otros términos, se trata de criterios que pueden servir para guiar la elección que el juez realiza en la decisión. En efecto, en líneas generales, ésta tiene la estructura de la elección entre distintas alternativas posibles<sup>139</sup> y lo mismo puede decirse de forma específica para la decisión acerca de la «verdad» del hecho. Puede tratarse de elecciones simples, como cuando debe establecerse únicamente si un elemento de prueba confirma o no una hipótesis, o de elecciones muy complejas, como cuando se trata de establecer el resultado de un conjunto variado y contradictorio de elementos de prueba. En ningún caso, sin embargo, decae el carácter de elección de la decisión sobre el hecho, dado que esa decisión no es nunca necesaria de forma que exista una sola opción posible. Es más, las consideraciones desarrolladas en los párrafos precedentes han puesto en evidencia, junto a la posibilidad y la utilidad de disponer de esquemas racionales de valoración, los espacios notables de «apertura», de «vaguedad» y de discrecionalidad que en las distintas situaciones resultan irreduciblemente dejadas a la valoración del juez en el caso concreto.

Hablar de criterios para una elección racional de la hipótesis sobre el hecho, que se asume como «verdadera» porque es más aceptable sobre la base de las pruebas, no significa, por tanto, hacer referencia a reglas precisas y estrictamente obligatorias sino a estándares capaces de orientar las elecciones sin determinarlas. La elección de la «mejor» alternativa, por ser más racional, no está completamente predeterminada ni es enteramente libre: no es cálculo ni arbitrio. Puede ser, en cambio, razonable si la valoración tiene en cuenta el análisis de las situaciones probatorias y de la forma en que en éstas se configura la

138. V., *supra*, apartado 1.

139. Para estos aspectos de la decisión cf. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, pp. 217 ss.; también Rüdiger, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, Berlin-Heidelberg-New York, 1969, e Id., *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Die Grundlinien des zivil- straf- und- verwaltungsgerichtlichen Prozesses*, Berlin-Heidelberg-New York, 1973, pp. 19 ss.; para un interesante análisis psicológico de la decisión como elección entre hipótesis alternativas v. Catellani, *op. cit.*, pp. 240 ss.



relación inferencial entre elementos de prueba e hipótesis sobre el hecho, así como si la elección final se realiza, a su vez, sobre parámetros que parten de aquella relación. En realidad, la discrecionalidad de las valoraciones y de las elecciones puede no equivaler a una irreducible vaguedad o incertidumbre de la decisión y la libertad de la convicción puede estar guiada por criterios racionales.

4.1. *La aceptabilidad de la hipótesis.*—Desde el punto de vista de los criterios de decisión, resulta oportuno tomar en consideración por separado algunas situaciones en las que entra en juego un criterio simple, que se puede definir como *aceptabilidad de la hipótesis sobre el hecho*. Este criterio se aplica en todos los casos en los que únicamente debe decidirse si una hipótesis es o no aceptable, sin ser necesarias elecciones en situaciones de conflicto entre hipótesis distintas.

Estos casos, sobre la base del análisis llevado a cabo anteriormente, son esencialmente tres: *a)* aquel en el que hay una única hipótesis con un solo elemento de prueba; *b)* aquel en el que hay una única hipótesis con diversos elementos de prueba convergentes y *c)* aquel en el que se dan hipótesis sobre hechos distintos, independientes y compatibles, cada una de las cuales tiene uno o más elementos de prueba convergentes<sup>140</sup>.

Así pues, el esquema de base es el de la hipótesis sobre *X*, caracterizada por un determinado grado de confirmación. El problema que la decisión debe resolver es si esta hipótesis puede considerarse «verdadera», lo que equivale a establecer si tiene un grado de probabilidad lógica suficiente para asumirla como descripción aceptable del hecho. Se trata, en otras palabras, de una valoración relativa al grado de confirmación que la hipótesis ha recibido sobre la base de las pruebas: si ese grado es considerado suficiente, la hipótesis es aceptable y, por tanto, puede ser asumida como base para la decisión; si ese grado es considerado insuficiente (o si es incluso = 0), la hipótesis es inaceptable y la decisión no podrá basarse en la misma.

Se trata, efectivamente, de una valoración, es decir, de una apreciación esencialmente discrecional que el juez realiza en la decisión, sobre la base del grado de confirmación que las pruebas disponibles confieren a la hipótesis sobre el hecho. Parece bastante claro que esta valoración escapa de cualquier rígida determinación cuantitativa, dado que ni siquiera los defensores del cálculo bayesiano llegan a sugerir la ocultación total de la decisión final tras los resultados de ese cálculo y tampoco la eventual disponibilidad de datos estadísticos precisos es

140. V., *supra*, apartados 2.1, 3.2 y 3.3.

idónea para resolver automáticamente el problema de la decisión final<sup>141</sup>. Por otra parte, parece también claro, en cambio, que éste es, quizás, el momento principal (no el único) en el que se manifiesta la «prudente apreciación» o el «libre convencimiento» del juez<sup>142</sup>.

Sin embargo, dado que no es admisible una rígida alternativa entre cálculo cuantitativo y subjetivismo irracional<sup>143</sup>, resulta oportuno considerar que la valoración que se está examinando puede ser reconducida a criterios racionales, aunque inevitablemente caracterizados de una cierta «vaguedad»<sup>144</sup> y, por tanto, irreduciblemente elásticos.

En realidad, por una parte es necesario tomar en cuenta el hecho de que se trata siempre de una valoración vinculada a un determinado grado de probabilidad lógica de una hipótesis fáctica. Esta valoración puede, entonces, estar sujeta a márgenes de duda, pero en muchos casos puede ser claramente racional/irracional. Así, por ejemplo, sería irracional considerar inaceptable una hipótesis que tenga un elevado grado de confirmación sobre la base de distintas pruebas convergentes o bien considerar aceptable una hipótesis que haya obtenido un grado de confirmación bajo a partir de un único elemento de prueba. Al contrario, es racional la elección que vincula la aceptabilidad de la hipótesis a la consistencia de su grado de confirmación y la inaceptabilidad a valores bajos del mismo grado.

Del mismo modo, puede ser racional la decisión de que resulta aceptable una hipótesis sostenida por una sola prueba clara y «segura», así como la decisión de que es inaceptable una hipótesis sostenida únicamente por algunos elementos indirectos de confirmación dotados de escaso valor inductivo; en cambio, puede ser racionalmente aceptable la hipótesis confirmada por distintas pruebas indirectas convergentes y puede ser inaceptable la hipótesis sostenida por una sola prueba de credibilidad dudosa. Está claro, por otra parte, que todos estos factores, como la naturaleza de los elementos de prueba, su número, su credibilidad, etc., remiten, en realidad, a la determinación del grado de confirmación de la hipótesis, de forma que es esencialmente este elemento el objeto del juicio de aceptabilidad.

Es necesario también tener en cuenta que esta valoración se sitúa en una dimensión que, en su momento, se ha representado como

141. Sobre la falta de equivalencia entre el resultado del cálculo estadístico y el valor de la prueba v., *supra*, capítulo III, 3.3.

142. En general, sobre el principio del libre convencimiento, v. capítulo V, 2.3.

143. Cf., en particular, Goldman, *op. cit.*, pp. 311 ss.

144. Sobre el concepto de vaguedad v., *supra*, capítulo III, 4.2.

$0 \rightarrow \infty$ <sup>145</sup>. De este modo, está claro uno de los extremos, dado que una hipótesis con un grado de confirmación = 0 es claramente inaceptable, pero el otro extremo no está determinado, de forma que no es posible establecer una escala cuantitativa generalmente aplicable para la valoración de los grados de probabilidad lógica en términos de aceptabilidad de la hipótesis. Por tanto, esa aceptabilidad no puede derivarse más que de una valoración conjunta, en función de la cual el juez establezca que ese grado de probabilidad es suficiente para justificar la adopción de la hipótesis como descripción aceptable del hecho.

A pesar de ello, es posible identificar de forma aproximada un área de valores de probabilidad lógica que se corresponde a grandes rasgos con la aceptabilidad; o, por decirlo así, que identifica el *fuzzy set* correspondiente al concepto de aceptabilidad de la hipótesis sobre el hecho<sup>146</sup>.

Por un lado, se puede considerar que en la situación más simple, en la que la hipótesis está confirmada por un sólo elemento de prueba (directo o indirecto), ésta es aceptable si el valor de ese elemento de prueba, medido en una escala de  $0 - 1$ , es al menos de 0,50. Como ya se ha visto, en ese caso el valor del medio de prueba concreto determina por sí mismo el grado de confirmación de la hipótesis<sup>147</sup>. Si resulta creíble la prueba que tiene un valor de, al menos, 0,50, se puede considerar razonablemente aceptable la hipótesis sobre el hecho que tenga un grado de probabilidad lógica de, al menos, 0,50. Pero si este límite mínimo es válido en el supuesto en que exista un único medio de prueba, no hay razón para no aplicarlo también cuando los elementos de prueba son múltiples, aunque sea improbable que ese supuesto se produzca, porque elementos de prueba con valores individuales bajos deberían tender a ser singularmente considerados poco creíbles. En cualquier caso, un grado de confirmación de la hipótesis superior a 0,50 se puede considerar como el límite mínimo por debajo del cual no es razonable considerarla aceptable, aunque no carezca totalmente de elementos de prueba. Una hipótesis con un grado de confirmación superior a 0 pero inferior a 0,50 puede ser sensata, pero no es aceptable<sup>148</sup>.

Por otro lado, dado que el otro límite de la escala es  $\rightarrow \infty$  y que en teoría no existe límite para el número de elementos de prueba, la acep-

145. V., *supra*, apartado 3.

146. Sobre el concepto de *fuzzy set* v., *supra*, capítulo III, 4.2.

147. V., *supra*, apartado 2.1.

148. Como consecuencia de las observaciones realizadas *supra*, capítulo III, 2. resulta oportuno evitar el término «verosímil» para las hipótesis que tienen un grado bajo de probabilidad lógica.

tabilidad de la hipótesis no tiene un valor máximo determinable *a priori*. De hecho, sin embargo, el número de las pruebas concurrentes o convergentes que se producen en un proceso es limitado, dado que se evita la admisión de pruebas superfluas y, además, la suma de sus valores sufre un efecto reductor en función del orden de producción, como se verá enseguida. Así, en abstracto la escala de grados de probabilidad lógica es  $-\infty$ , pero, en concreto, ésta puede alcanzar valores equivalentes a algunas unidades. El *fuzzy set* que corresponde al concepto de aceptabilidad de la hipótesis sobre el hecho está, pues, definido por el área de los grados de confirmación que se sitúa entre 0,50 y el límite de algunas unidades.

Un valor de 0,51 define, entonces, una aceptabilidad apenas suficiente para adoptar la hipótesis como base para la decisión, mientras que, por ejemplo, valores conjuntos de 5 o de 8 constituyen niveles de aceptabilidad muy elevados (no debiéndose olvidar, por otra parte, que los números son sólo una forma de expresar relaciones lógicas y no suponen medidas cuantitativas de nada).

4.2. *La probabilidad lógica prevaleciente.*—Cuando existen, al menos, dos hipótesis contradictorias (VX/FX) o incompatibles (VX/VY, pero con X/Y incompatibles)<sup>149</sup>, el problema de la decisión se plantea propiamente como el problema de la elección de una hipótesis sobre el hecho entre todas las que han obtenido grados de confirmación sobre la base de los elementos de prueba disponibles. Entran en juego únicamente las hipótesis con grados *positivos* de confirmación: está claro que si una hipótesis tiene un grado 0 es absolutamente inaceptable y, por tanto, no constituye una alternativa significativa<sup>150</sup>. También es irrelevante el caso en el que todas las hipótesis tienen un grado 0: en ese caso no se plantea problema alguno de elección, dado que ninguna hipótesis representa una alternativa aceptable, y deberá tomarse la decisión según criterios de otra naturaleza (por ejemplo según la regla de la carga de la prueba).

Así pues, si se dan distintas hipótesis sobre el hecho contradictorias o incompatibles, cada una de las cuales con un grado determinado de probabilidad lógica sobre la base de las pruebas, la elección de la hipótesis que ha de ponerse en la base de la decisión se realiza mediante el

149. Para el análisis de estas hipótesis v., *supra*, apartados 1.3 y 3.3.

150. En consecuencia, si una de las hipótesis tiene un grado de confirmación = 0 y otra tiene un grado de confirmación positivo, el problema de la decisión afecta sólo a la segunda hipótesis: se reproduce entonces la situación examinada en el apartado precedente.

criterio de la *probabilidad prevaleciente*<sup>151</sup>. En el contexto de la probabilidad lógica y de la relación hipótesis/elementos de prueba, en el que es racional que hipótesis contradictorias o incompatibles adquieran grados de confirmación *independientes* sobre la base de los respectivos elementos de prueba, el único criterio racional de elección de la hipótesis que resulta *más aceptable* es el que se basa en la relación entre los distintos valores de probabilidad lógica y privilegia la hipótesis caracterizada por el valor más elevado. Debe escogerse, en resumen, la hipótesis que reciba el apoyo *relativamente* mayor sobre la base de los elementos de prueba conjuntamente disponibles. Se trata, pues, de una elección relativa y comparativa dentro de un campo representado por *algunas* hipótesis dotadas de sentido, por ser, en distintas formas, probables, y caracterizado por un número finito de elementos de prueba favorables a una u otra hipótesis. No obstante, se trata también de una elección racional, precisamente por ser relativa, dado que consiste únicamente en individualizar la alternativa más fundamentada en una

151. Cf., en particular, Cohen, *The Probable*, cit., pp. 252 ss. Un criterio análogo (denominado de la *überwiegende Wahrscheinlichkeit*) ha sido propuesto y ampliamente discutido en el ámbito de la doctrina alemana y escandinava. Cf., en particular, Huber, *Das Beweismass im Zivilprozess*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983, pp. 83 ss.; Kegel, *Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegende Wahrscheinlichkeit*, en *Das Unternehmen in der Rechtsordnung. Festschr. für H. Kronstein*, Karlsruhe, 1967, pp. 321 ss.; Maassen, *Beweismassprobleme im Schadenersatzprozess*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1975, pp. 39 ss.; Musielak y Stadler, *Grundfragen des Beweisrecht*, München, 1984, p. 75; Walter, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen, 1979, pp. 173 ss. [tr. cast., *Libre apreciación de la prueba*, a cargo de T. Banzhaf, Bogotá-Colombia, 1985, pp. 194 ss.]; Prütting, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, 1983, pp. 63 ss., 76 ss., 84 ss.; Nierhaus, *Beweismass und Beweislast. Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozess*, München, 1989, pp. 42 ss.; Patti, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, en AA.VV., *Le prove nel diritto civile, amministrativo e tributario*, a cargo de C. Glendi, S. Patti y E. Picozza, Torino, 1986, pp. 58 ss. Para recientes discusiones acerca del concepto de probabilidad prevaleciente y para ulteriores indicaciones, cf. Klami, Hatakka y Sorvettula, *Burden of Proof. Truth or Logic?*, en *Scandinavian Studies in Law* 34, 1990, pp. 121 ss., 125, 131 ss.; Klami, Rahikainen y Sorvettula, *On the Rationality of Evidentiary Reasoning*, en *Rechtstheorie* 24, 1988, pp. 370 ss.

Por otra parte, debe subrayarse que esta doctrina habla del «principio de la probabilidad prevaleciente» en el contexto de concepciones *cuantitativas* de la probabilidad aplicadas al problema de las pruebas. Esto introduce una diferencia relevante entre esa versión del criterio y la referencia a la probabilidad prevaleciente que se realiza en el texto, en el ámbito de una concepción lógica y no cuantitativa de la probabilidad. Además, toda la elaboración llevada a cabo por la doctrina en cuestión se enfrenta a las objeciones que, de forma general, están dirigidas a las aplicaciones probatorias de la probabilidad cuantitativa (al respecto, v. más ampliamente, *infra*, capítulo III, 3.3).

situación de incertidumbre definida por la presencia de distintas hipótesis significativas.

En un contexto de este tipo, y en línea de principio, resulta difícil negar la racionalidad intrínseca del criterio según el cual la hipótesis más aceptable, esto es, la que resulta aceptable *tout court* en el momento de la decisión, es aquella que presenta el grado más elevado de probabilidad lógica sobre la base de los elementos de prueba disponibles.

No obstante, pueden presentarse objeciones a algunos supuestos de aplicación de este criterio: en particular, en el caso en que dos hipótesis tengan grados de probabilidad sólo ligeramente distintos y en el caso en que tengan valores distintos, pero ambos muy bajos.

En el primer caso, en el que, por ejemplo, la hipótesis VX tiene un grado de confirmación de 1,80 y la hipótesis FX (o VY incompatible) tiene un grado de 1,70, puede preguntarse si una diferencia de 0,10, poco relevante respecto de los totales en cuestión, es una base racional suficiente para considerar aceptable la primera hipótesis y descartar la segunda<sup>152</sup>. En este contexto, la respuesta es afirmativa: es racional, en efecto, considerar aceptable la hipótesis más probable, aunque la diferencia sea muy escasa<sup>153</sup>. Obviamente, pueden existir contextos en los que este criterio de decisión pueda parecer insatisfactorio por razones diversas<sup>154</sup>, pero ello no demuestra que éste sea irracional de forma general. Esto demuestra, únicamente, que pueden existir razones por las que ese criterio es poco adecuado para algunos fines determinados y que, por tanto, pueden inducir a la adopción de criterios de otra naturaleza. Por otra parte, donde no existan esas razones y no estén claramente formulados otros criterios o no deban ser privilegiados justificadamente, el criterio del grado prevaleciente de probabilidad lógi-

152. El supuesto en que dos hipótesis tengan exactamente el mismo grado de confirmación es teóricamente posible, pero es también una situación límite que no resulta concretamente relevante. En el mismo sentido, aunque en el ámbito de una concepción cuantitativa de la probabilidad, cf. Motsch, *Vom Prozess als Beweis zum Ueberwiegensprinzip*, en *Gedächtnisschr. für J. Rödig*, Berlin-Heidelberg-New York, 1978, pp. 334 ss.; cf. También Huber, *op. cit.*, pp. 86 s.

153. Cf. Kaye, *The Limits of the Preponderance of Evidence Standard. Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation*, en *Am. Bar Found. Res. J.*, 1982, p. 847; Orloff y Stedinger, *A Framework for Evaluating the Preponderance-of-the-Evidence Standard*, en *U. Pa. L. Rev.* 131, 1983, p. 1159.

154. Esto sucede, por ejemplo, en el contexto de la carga de la prueba, en el que el criterio de la prevalencia de la probabilidad estadística ha creado problemas, ampliamente discutidos en la doctrina alemana: cf., por ejemplo, Grunski, *L'onere della prova nel diritto tedesco*, en *Le prove*, cit., p. 12; Patti, *op. cit.*, p. 59; Prütting, *op. cit.*, pp. 72 ss. Cf. también Orloff y Stedinger, *op. cit.*, p. 1172.

ca puede ser aplicado razonablemente incluso si la prevalencia se produce por un margen escaso y no particularmente relevante. Además, en la experiencia común se producen numerosas situaciones en las que es necesario realizar una elección razonable entre distintas alternativas, cada una de las cuales presenta elementos consistentes a su favor: en esos casos sucede a menudo que la diferencia decisiva a favor de una alternativa es poco relevante, pero esto no hace menos racional la elección que privilegia la alternativa relativamente prevaleciente sobre las otras (aunque sea por escaso margen). No todas las diferencias decisivas, en efecto, son también cuantitativamente considerables, dado que su carácter de decisivas proviene del peso de conjunto de las hipótesis enfrentadas y de sus respectivas relaciones. En el ejemplo propuesto el elemento que decide a favor de VX es, efectivamente, de 0,10, pero en realidad VX tiene un grado de confirmación conjunto de 1,80, que es muy consistente, y es en cualquier caso la única hipótesis que es razonable elegir en ese contexto. En efecto, sería absolutamente irrazonable elegir la hipótesis menos probable, aunque el margen entre su valor de probabilidad y el de la otra hipótesis fuese mínimo<sup>155</sup>.

El otro problema surge, como ya se ha dicho, cuando ambas hipótesis reciben valores bajos de probabilidad lógica sobre la base de las pruebas<sup>156</sup>. Si, por ejemplo, VX ha recibido un grado de confirmación de 0,30 y FX ha recibido un grado de 0,20, el criterio de probabilidad prevaleciente implica que se escoja VX como hipótesis aceptable, pero esto no conlleva que se asuma como «verdadera» una hipótesis sobre el hecho que, en realidad, está escasamente confirmada. Éste es un inconveniente real y relevante, pero no demuestra que el criterio examinado sea irracional de forma general. En realidad, el inconveniente puede ser evitado simplemente extendiendo el alcance del límite mínimo de aceptabilidad definido anteriormente (*sub* 4.1). En resumen, se puede

155. No parece justificada la idea de que la prevalencia es aceptable únicamente si equivale a «un determinado porcentaje» que no sea muy pequeño (así, en cambio, Patti, *op. cit.*, p. 60). Más allá del hecho de que es formulada en los términos de la probabilidad cuantitativa, extraña a la teoría de la probabilidad que aquí se sigue, ocurre que el «porcentaje determinado» es cualquier cosa menos determinado: es más, permanece absolutamente indeterminado (y es probablemente indeterminable), de forma que no se alcanza a comprender cómo puede representar un criterio incluso aproximado de decisión entre distintas hipótesis sobre el hecho. Esta tesis deja, además, sin resolver el problema que se discute en el texto, es decir, el problema que se plantea cuando es necesario decidir entre dos hipótesis separadas por un margen no relevante o en todo caso inferior a un «determinado porcentaje».

156. Este problema es discutido especialmente por Cohen, *The Probable*, cit., pp. 254 ss., y Allen, *op. cit.*, pp. 43 ss.

admitir el criterio de la probabilidad prevaleciente con la advertencia de que la hipótesis que éste identifica sólo puede situarse en la base de la decisión si es *de por sí* aceptable en un nivel mínimo (definido por un valor de probabilidad conjunto igual a 0,50 como mínimo). En realidad, si ninguna de las hipótesis disponibles supera ese mínimo nos encontramos ante una situación distinta pero análoga a aquella en la que todas las hipótesis valen 0: si ninguna de las hipótesis es aceptable, no tiene sentido preguntarse cuál de ellas es más aceptable; si sólo una es mínimamente aceptable, no tiene sentido tomar en consideración a las otras, de forma que la elección es *in re ipsa*. El criterio de la probabilidad prevaleciente puede emplearse razonablemente sólo cuando diversas hipótesis tienen valores de probabilidad lógica superiores al límite mínimo de probabilidad<sup>157</sup>. Naturalmente, esto no elimina la posibilidad de que existan contextos en los que sea sensato aplicar el criterio de la probabilidad prevaleciente en su estado puro, es decir, sin exigir que la hipótesis dotada del grado de probabilidad relativamente más alto sea *también* aceptable según el criterio que opera cuando está en juego una sola hipótesis. El criterio de la probabilidad prevaleciente podría ser aplicado en su estado puro en el proceso en los casos en los que no se requiera la demostración de la aceptabilidad plena de la hipótesis sobre el hecho, sino que sea suficiente demostrar que aquélla no es inaceptable o que tiene algún elemento de confirmación, no apto para fundar la hipótesis pero suficiente para atribuirle un mínimo de credibilidad. En sentido contrario, puede suceder que la ley fije criterios de elección *más elevados* que el de la aceptabilidad/probabilidad prevaleciente, como sucede cuando se requiere que el hecho esté probado «más allá de cualquier duda razonable».

Todo ello lleva a la conclusión de que el inconveniente examinado lo es, en realidad (aunque puede resolverse de la forma ya indicada), únicamente en un determinado contexto, como el de la decisión final sobre los hechos de la causa, en el que se requiera que la hipótesis so-

157. De esta forma se supera el problema que frecuentemente se plantea respecto del criterio de la probabilidad prevaleciente, es decir, la relación entre ese criterio y la regla de la carga de la prueba (al respecto, v., *supra*, nota 154 y, en particular, Klami, Hatakka y Sorvettula, *Burden of Proof*, cit., pp. 131 ss.; Walter, *op. cit.*, pp. 142 ss. —tr. cast., *op. cit.*, pp. 154 ss.—; Kegel, *op. cit.*). En efecto, parece razonable sostener que la regla de la carga de la prueba se aplique como criterio de decisión cuando ninguna de las hipótesis disponibles sobre el hecho sea apta —si se la pone en relación con los elementos de prueba que le afectan— para constituir una versión aceptable del hecho en cuestión. En cambio, esa regla no puede entrar en juego cuando *al menos una* de las hipótesis sobre el hecho está dotada de un grado de confirmación probatoria suficiente para considerar que constituye una versión aceptable del hecho.



bre el hecho que se seleccione sea por sí misma aceptable, aparte de la más probable entre las hipótesis disponibles.

Sin embargo, resulta evidente que, aparte de la posible integración en términos de aceptabilidad mínima de la hipótesis más probable, el del grado prevaleciente de probabilidad lógica es el criterio racional para decidir en la situación en que se presentan distintas hipótesis incompatibles; éste es, por otra parte, el criterio que mejor da cuenta de la relación que se establece en el caso concreto entre las distintas hipótesis y los elementos de prueba disponibles.

4.3. *El orden de las pruebas.*—Al analizar la determinación del valor de las pruebas y de los grados de confirmación de las hipótesis referidas a los hechos, se han imaginado situaciones estáticas, suponiendo que el juez encuentra a su disposición por un lado las hipótesis sobre el hecho y, por el otro, todos los elementos de prueba y que, por tanto, decide teniendo ante sí contemporáneamente todos los elementos del problema que debe resolver.

Esta situación-tipo es evidentemente abstracta porque no toma en cuenta las peculiaridades y los condicionamientos procesales que determinan en concreto las modalidades con las que el juez formula la decisión sobre los hechos; además, tampoco tiene en cuenta las modalidades con las que se forman las pruebas o se adquieren en el proceso ni las consecuencias que de ello se derivan para la valoración. Estas abstracciones parecen, sin embargo, justificadas en un contexto como el de las consideraciones desarrolladas hasta este momento y, en cualquier caso, se les pondrá remedio en las partes específicamente dedicadas a la regulación procesal de las pruebas.

No obstante, en esas abstracciones hay un aspecto que se tomará en consideración aquí porque puede condicionar en general, y no sólo desde el punto de vista jurídico, la valoración referida a los valores de los distintos elementos de prueba y, por tanto, también a la referida a los grados de probabilidad lógica y a las consiguientes elecciones finales sobre las hipótesis fácticas.

Este aspecto consiste en el hecho de que no se ha tomado en consideración hasta el momento el *orden* o la *sucesión temporal* con la que son adquiridos los distintos elementos de prueba o, en cualquier caso, llaman la atención del sujeto que debe valorarlos. Se ha hecho abstracción de este factor no sólo por claridad del discurso, sino también porque una orientación muy difundida lleva a excluir la dimensión temporal de los esquemas lógicos y de los cálculos matemáticos. En particular, para ofrecer un ejemplo referido a las materias discutidas anteriormente, se excluye que el orden con el que se adquieren los

elementos de prueba sea de alguna forma relevante para el cálculo de la probabilidad matemática o que aquél incida en el producto de las probabilidades (o de las funciones de creencia) con las que se trata de calcular la probabilidad conjunta en el supuesto de pluralidad de pruebas convergentes<sup>158</sup>. En efecto, en matemáticas vale la regla según la cual el orden de los factores no altera el producto, de modo que el orden debería ser irrelevante tanto en el caso en que las probabilidades se multiplican como en el caso en que se suman.

Por otra parte, mientras que la irrelevancia del orden de los factores está clara desde el punto de vista lógico y matemático, no lo está en absoluto desde el punto de vista epistemológico<sup>159</sup> (y, también puede añadirse, desde el de la adquisición de las pruebas en el proceso). En efecto, parece que desde el punto de vista de la forma en que los elementos de prueba determinan el grado de confirmación de una hipótesis, puede resultar relevante el orden en el que aquéllos se adquieren. Se trata de una relevancia eminentemente psicológica, pero en la medida en que se establezca como modalidad general de funcionamiento del pensamiento en las situaciones en las que se establece la confirmación de hipótesis, debe tomarse en consideración en el plano epistemológico<sup>160</sup>.

Esencialmente, esta relevancia del orden en el que se adquieren los elementos de prueba se traduce en el hecho de que se atribuye un valor más elevado al primer elemento de confirmación de una hipótesis, mientras que los sucesivos elementos *convergentes* tienden a tener valores cada vez más pequeños. No se trata de una progresión aritmética o geométrica: la variación de los valores, en cambio, sigue una curva en la que los valores son más elevados al inicio y disminuyen rápidamente después<sup>161</sup>. Así, por ejemplo, si se dispone de cinco elementos de prueba convergentes, puede ser que  $P_1 = 1$ ;  $P_2 = 0,30$ ;  $P_3 = 0,20$ ;

158. Cf. Schafer, *op. cit.*, p. 62; Goldman, *op. cit.*, pp. 353 ss.

159. Cf., en efecto, Goldman, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

160. Esta tesis parece sugerida por el modelo de Einhorn y Hogarth analizado ampliamente por Goldman, *op. cit.*, pp. 345 ss. Para un estudio equivalente de la incidencia de los factores temporales en el análisis de la *evicence*, cf. Schum, *Evidence and Inference*, cit., I, pp. 284 ss.

161. Para el análisis de esa curva en el *accretion model* de Einhorn y Hogarth cf. Goldman, *op. cit.*, pp. 346 ss.; en el mismo sentido, cf. Schum y Martin, *op. cit.*, p. 118. Obsérvese que las hipótesis consideradas en el texto son únicamente casos particulares (con valores ficticios) del modelo en examen. En efecto, en el proceso sólo vale el supuesto en el que se parte de la situación con conocimiento de la hipótesis sobre el hecho = 0, mientras que el modelo se ocupa también de los casos en los que la hipótesis de partida tiene un grado de aceptabilidad superior a 0 y estudia en todo caso el incremento *relativo* producido por la introducción de elementos cognoscitivos *ulteriores*.

$P_4 = 0,05$ ;  $P_5 = 0,001$ . El elemento decisivo resulta ser la relación entre el elemento de prueba y el estado de la hipótesis: si sobre ésta hay un nivel bajo (o bien = 0) de creencia, el impacto del elemento de prueba es fuerte, pero ese impacto es mucho más débil si sobre la hipótesis existe *ex ante* un nivel de creencia elevado<sup>162</sup>. Por ello, se obtiene la consecuencia de que en la situación de partida = 0 el primer elemento de prueba tiene un valor elevado, pero el valor de cada elemento sucesivo disminuye porque entra en juego en un momento en el que la hipótesis ha adquirido ya razones de confirmación consistentes a partir de los elementos de prueba precedentes. El esquema se complica, pero sigue esencialmente el mismo planteamiento, cuando los elementos de prueba son positivos y negativos, dado que en todo caso el factor que incide en el peso del elemento de prueba concreto es el *factor de contraste* entre éste y el estado de credibilidad de la hipótesis (sobre la base de las pruebas precedentes) en el momento en que el elemento de prueba concreto es conocido y tomado en consideración<sup>163</sup>. Así, una prueba negativa tiene un valor elevado si está referida a una hipótesis en un momento en que ésta tiende a estar positivamente confirmada, y viceversa, mientras que la relación entre elementos de prueba conformes (positivos y negativos, respectivamente) se produce siempre en el sentido del valor que disminuye.

Este tipo de análisis ha dado lugar a una teorización bastante compleja que no es necesario reproducir y discutir aquí detalladamente. Sin embargo, sí vale la pena realizar al respecto dos consideraciones de alguna importancia.

La primera es que, más allá de su dudosa legitimidad desde el punto de vista matemático, esta teorización parte de una intuición bastante obvia en el ámbito del proceso. No es casualidad que en el proceso se hable de pruebas «sobreabundantes» o que resultan «superfluas»<sup>164</sup> precisamente en función del hecho de que su valor disminuye hasta resultar sustancialmente prescindible cuando la hipótesis sobre el hecho está ya apoyada por otras pruebas convergentes. Si, por ejemplo, se dispone de diez declaraciones testificales sobre el mismo hecho, puede decirse en abstracto que cada una de ellas tiene o puede tener (si concurren todos los requisitos) un valor = 1; en realidad, este valor puede ser reconocido a la primera declaración testifical, pero el valor de las

162. V. la nota precedente y cf. Goldman, *op. cit.*, p. 346.

163. Para un análisis combinado de la incidencia de elementos de prueba positivos y negativos v., ampliamente, Goldman, *op. cit.*, pp. 348 ss.

164. Para un análisis del concepto general de *redundancy* cf. Schum, *Evidence and Inference*, cit., I, pp. 148 ss.

sucesivas tiende rápidamente a disminuir y probablemente no será en absoluto necesario asumirlas todas para adquirir un elevado grado de confirmación de la hipótesis sobre el hecho. En esa situación es, en efecto, razonable que el juez reduzca *ex ante* la lista de declaraciones o, en cualquier caso, excluya la admisión de algunas declaraciones testimoniales convergentes cuando las primeras son ya más que suficientes para fundamentar la aceptabilidad de la hipótesis sobre el hecho. Un discurso análogo vale para las pruebas negativas: la prueba negativa no es nunca superflua frente a elementos positivos ya adquiridos y, es más, su valor aumenta precisamente en función de esos elementos (para disminuir en el caso de sucesivas pruebas negativas convergentes)<sup>165</sup>. En resumen, la consideración del orden de adquisición de los elementos de prueba a los efectos de la determinación concreta de su valor se corresponde bastante bien con lo que sucede en el proceso.

La segunda consideración es que, en consecuencia, debe tenerse en cuenta ese factor en el ámbito de la teoría acerca de la relación entre los elementos de prueba y la confirmación de las hipótesis sobre el hecho. La valoración de los elementos de prueba a los efectos de establecer su valor como factores de confirmación de la hipótesis no prescinde en concreto de su orden, cuando éste es relevante, como en el caso de la pluralidad de elementos de prueba convergentes o divergentes. La indicación que se ha realizado anteriormente<sup>166</sup>, según la cual en esos casos el grado de confirmación de la hipótesis sobre el hecho (de las distintas hipótesis, si las hay) deriva de la suma de los valores de los concretos medios de prueba referidos específicamente a esa hipótesis, debe ser integrada y corregida con la consideración de que el valor del medio de prueba concreto depende *también* de la situación específica en la que ha sido adquirido, dentro del orden global de adquisición de las pruebas.

Esta consideración puede ser significativa para la valoración de los grados de probabilidad lógica de las hipótesis sobre el hecho. Por un lado, incide en el sentido de hacer que tendencialmente el grado de probabilidad lógica de una hipótesis con diversos elementos de prueba sea *inferior* a la simple suma de los valores producidos por cada elemento de prueba individualmente considerado. Por otro lado, aquella consideración introduce un ulterior elemento de valoración que tiene, como los otros, la característica de ser racional pero «vago» y de conducir, por tanto, un aspecto relevante adicional de la valoración con-

165. Cf. el *discount model* de Einhorn y Hogarth en Goldman, *op. cit.*, p. 347.

166. V., *supra*, apartado 3.2.

textual de las pruebas a la razonable apreciación realizada por el juez sobre la base de las vicisitudes procesales ocurridas en el caso concreto.

5. *Concepción holista y método analítico.*—En la doctrina más reciente acerca de la decisión sobre el hecho surge la distinción entre el método que se define como *atomista* y el método definido como *holista*<sup>167</sup>. Según el método atomista, la decisión sobre el hecho se obtendría de una consideración analítica de los específicos elementos de prueba, de sus respectivos valores probatorios y de las específicas inferencias que se fundan sobre cada uno de ellos. Así pues, se dedica particular atención a la valoración de cada elemento de prueba y la decisión final se configura como el resultado de una combinación basada en las pruebas concretas<sup>168</sup>.

El método holista supone, en cambio, configurar el problema de la decisión sobre el hecho partiendo de hipótesis globales y comprensivas sobre los hechos de la causa: esas hipótesis están constituidas por *stories* que narran aquellos hechos en su secuencia temporal, vinculándolos entre sí en un todo significativo, bajo el esquema de la novela<sup>169</sup>. La decisión consiste, entonces, en la elección de una *story* de los hechos de la causa entre las diversas que las partes y sus abogados han sometido al juez: la elección es global, dado que afecta a la *story* en su totalidad, no a los elementos fácticos concretos, y se produce teniendo en cuenta valoraciones de conjunto más que los concretos elementos de prueba. Naturalmente, se admite que las pruebas sean tomadas en consideración, pero ello se hace en función de su capacidad para aportar sustento a una u otra *story* globalmente entendida, no desde el punto de vista analítico de su relación con los hechos concretos<sup>170</sup>.

167. Cf. Damaška, *Atomistic and Holistic Evaluation of Evidence: A Comparative View*, en *Comparative and Private International Law. Essays in Honor of J. H. Merryman*, ed. por D. S. Clerk, Berlin, 1990, pp. 91 ss.; Twining, *Theories of Evidence*, cit., pp. 183 ss.; Id., *Lawyer's Stories*, en Id., *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Oxford, 1990, pp. 219 ss.; Abu-Hareira, *An Early Holistic Conception of Judicial Fact-Finding*, en *Jur. Rev.*, 1986, pp. 79 ss.; Bennet y Feldman, *Reconstructing Reality in the Courtroom. Justice and Judgement in American Culture*, New Brunswick, 1984; Tillers, *Webs of Things*, cit., pp. 1252 ss.

168. Cf. Damaška, *op. cit.*, p. 91; Twining, *Theories of Evidence*, cit., *loc. cit.*; acerca de tendencias análogas en el análisis psicológicos de la decisión v., también para referencias bibliográficas, Catellani, *op. cit.*, pp. 129 ss.

169. Cf. Twining, *Lawyers' Stories*, cit., pp. 223 ss.; Abu-Hareira, *op. cit.*, pp. 93 ss.; Bennett y Feldman, *op. cit.*, pp. 3 ss., 32 ss., 41 ss., 116 ss.; Catellani, *op. cit.*, pp. 133 ss.

170. Cf. Twining, *op. ult. cit.*, 238 ss.; Abu-Hareira, *ibid.*; Bennett y Feldman, *op. cit.*, pp. 125 ss., 132 ss.

La prevalencia de un método respecto del otro parece vinculada a distintos factores referentes a la estructura del proceso y a la regulación jurídica de las pruebas<sup>171</sup>, así como a las preferencias culturales de sus respectivos defensores, pero no es éste el lugar de profundizar en el análisis de esos aspectos del problema. En cambio, sí vale la pena realizar algunas observaciones sobre la concepción holista, dado que en las páginas precedentes se ha desarrollado una perspectiva claramente atomista, aunque sólo sea a los efectos de comprobar el alcance y el significado de la divergencia entre los dos métodos.

Al respecto, es necesario tomar en consideración la existencia de ideas diversas acerca del método holista<sup>172</sup>, de forma que los términos del problema cambian en función de la versión del modelo que se adopte.

En una primera versión de la concepción holista, que se puede definir como «débil», se habla de la valoración conjunta de las pruebas únicamente para sintetizar operaciones complicadas, como las referidas a la valoración de cada elemento de prueba, y para subrayar que en cualquier caso deben combinarse en un contexto unitario que determina la decisión final. Se subraya así que los distintos elementos de prueba pueden estar vinculados o interferirse recíprocamente<sup>173</sup> y que la valoración de las pruebas se fundamenta a menudo en presuposiciones y criterios implícitos de valoración e interpretación de hechos o comportamientos<sup>174</sup>.

En esta versión el modelo holista no dice, en realidad, nada distinto de lo que afirma el método atomista. Más bien, se presenta como una forma abreviada de indicar sintética y simplemente cosas que desde el punto de vista analítico son mucho más complejas. Que los elementos de prueba deben ser valorados globalmente es, en realidad, algo muy banal también para la perspectiva atomista, del mismo modo que la posibilidad de que los diversos elementos de prueba converjan o diverjan de distintas formas respecto de la hipótesis sobre los hechos: el problema es, si acaso, analizar cómo se produce esto; y precisamente ese análisis representa una parte relevante del método atomista<sup>175</sup>, mientras que no es objeto de particular atención desde la perspectiva holista. En cuanto a la observación de que a menudo la valoración de

171. V., en particular, Damaška, *op. cit.*, pp. 92 ss., 98 ss.

172. Cf. Twining, *Theories of Evidence*, cit., p. 183.

173. Cf. Damaška, *op. cit.*, p. 93; Abu-Hareira, *op. cit.*, p. 93.

174. Cf., en particular, Tillers, *op. cit.*, pp. 288 ss., 299 s.; Abu-Hareira, *op. cit.*, pp. 96 ss.

175. V., *supra*, apartados 2 y 3.

las pruebas se basa en criterios implícitos, cabe decir que ésta es también una constatación obvia desde el punto de vista de la psicología de la decisión, pero no permite fundamentar sobre ella una alternativa real al método atomista. Éste parte, en efecto, de la idea de que lo que permanece implícito corre el riesgo de ser casual, incontrolado e irracional, para tratar de explicitar y racionalizar los factores que condicionan la decisión. Estos factores, por otra parte, equivalen a menudo a las nociones de sentido común que sirven para interpretar la realidad según el *id quod plerumque accidit*<sup>176</sup>. La variabilidad, imprecisión y relatividad de esas nociones son obvias y bien conocidas, pero no impiden adoptar —en sede de racionalización del juicio— el modelo de la inferencia según las generalizaciones del sentido común<sup>177</sup>. Desde este punto de vista, la diferencia entre el método holista y el método analítico parece situarse en que el primero otorga preferencia a una perspectiva psicológica mientras que el segundo se basa en el análisis racional del juicio; el método analítico, además, tiende a explicitar y a racionalizar lo que la concepción holista deja genérico e implícito. No faltan, en realidad, en esta última concepción, sugerencias más o menos explícitas de evitar las complicaciones analíticas del método atomista y de preferir la intuición, es decir, el salto lógico que vincula inmediatamente la decisión con la «verdad de los hechos»<sup>178</sup>. Pero en este caso no se trata de contraponer un método racional de juicio a otro método racional: lo que se perfila es simplemente el rechazo del análisis racional en favor de una tendencia irracional fundada sobre la intuición y sobre la simplificación de los problemas tan radical como inaceptable.

En esta segunda versión, más «fuerte» y en muchos aspectos más articulada, la concepción holista tiende a constituir una teoría distinta del juicio, en la que la decisión consiste en la elección entre distintas *stories*, cada una de las cuales se toma en su totalidad narrativa, y el criterio de la elección tiende a situarse más bien en la coherencia y capacidad persuasiva de la narración que en su correspondencia con la realidad de los hechos y con los elementos de prueba. Esta versión de

176. Cf., en efecto, Tillers, *op. cit.*, pp. 184, 288 ss., 308.

177. V., *supra*, apartados 2.2 y 4.1. La concepción holista evita, en cambio, el análisis de estas nociones y de sus características semánticas y estructurales. El recurso a las mismas resulta, así, un recurso genérico al sentido común, sin ulteriores especificaciones: v., por ejemplo, Abu-Hareira, *op. cit.*, pp. 96 ss.

178. Para la individualización de esta tendencia en algunos tipos de proceso penal v. Damaška, *op. cit.*, p. 96. Esta tendencia está presente, por ejemplo, en Abu-Hareira, *op. cit.*, p. 93.

la teoría holista está muy difundida<sup>179</sup> y resulta sugestiva, de modo que es oportuno tomarla en consideración de forma más amplia.

Por un lado, se puede observar que ésta se presenta como una teorización de lo que sucede en el *trial* angloamericano: según el esquema más común, en ese sistema se concibe a los abogados presentando *stories* diversas y contrapuestas, intentando acreditarlas mediante las pruebas y persuadir al *trier of fact* para que escoja una en lugar de la otra; y el juez o el jurado, por su parte, escogerán una u otra *story* como base para la decisión<sup>180</sup>. No puede excluirse que, en alguna medida, este esquema se corresponda con la realidad del *trial* angloamericano, en el que el elemento de la contraposición de las partes ante un juez pasivo<sup>181</sup> y el uso de técnicas retórico-persuasivas en la presentación de las pruebas<sup>182</sup> parecen tener un papel relevante. En cambio, debe excluirse que esto represente una fundamentación teórica suficiente para un método de decisión que se presente como una alternativa general al método analítico.

Ante todo, debe destacarse que la *story* narrada por el abogado es sólo una de las que se narran en el proceso, de modo que no hay razones para exagerar su importancia<sup>183</sup>. Es verdad, por otra parte, que el abogado tiende a persuadir al juez de la fundamentación de su propia versión de los hechos y de la carencia de fundamentación de la propuesta por el adversario, pero no hay razón para privilegiar, hasta el punto de hacer de ello el fundamento de una teoría, el punto de vista del abogado respecto a otros posibles puntos de vista. El proceso, y también el *trial* angloamericano, es algo mucho más complejo que un simple «lugar» en el que los abogados narran versiones distintas de los hechos intentando persuadir al juez<sup>184</sup>, mientras que la concepción meramente persuasiva de la prueba es, a su vez, excesivamente reductiva y sustancialmente infundada<sup>185</sup>.

179. Cf., en particular, Bennet y Feldman, *op. cit.*, y el panorama trazado por Damaška y Twining en los lugares citados en las notas precedentes.

180. Este modelo está claramente presente en el análisis de Bennet y Feldman, *op. cit.*; v. también Twining, *Lawyers' Stories*, cit., pp. 222 ss., 228 ss.

181. Cf. al respecto Damaška, *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, tr. cast., Santiago de Chile, 2000, pp. 190 ss.; Taruffo, *Il processo civile «adversary» nell'esperienza americana*, Padova, 1979, pp. 19 ss., 44 ss., 123 ss.

182. Cf. Taruffo, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, en *Riv. dir. proc.*, 1990, pp. 422 ss.; Thibaut y Walker, *Procedural Justice*, New Jersey, 1975, pp. 54 ss.; Lawson, *Order of Presentation as a Factor in Jury Persuasion*, en *Ky. L. J.* 56, 1968, pp. 523 ss.

183. Así, en especial, Twining, *op. ult. cit.*, pp. 220, 242.

184. Cf. Twining, *ivi*, pp. 220 ss.

185. V. más ampliamente, *infra*, capítulo V, 1.4.



Debe advertirse también que no es en general aceptable la configuración de la decisión sobre los hechos como una elección entre las *stories* narradas por los abogados de las partes. También en este caso esa idea puede corresponderse con una racionalización de lo que hace el juez angloamericano<sup>186</sup>, pero ciertamente no puede ser asumida como una teoría de la decisión en general. Nada demuestra, en efecto, que las presentaciones de los hechos realizadas por los abogados, y sus interpretaciones de las pruebas, deban constituir el marco exclusivo dentro del cual el juez tenga que formular la decisión; está claro, en cambio, que el juez puede y debe tomar en cuenta las *stories* de cada parte, pero también que tiene la más amplia posibilidad de apartarse de ellas, adoptando una «tercera» versión de los hechos, eventualmente resultante de la combinación de «pedazos» distintos obtenidos de las versiones propuestas por las partes, si esta versión parece más aceptable.

Por otro lado, un problema muy delicado surge a propósito de los criterios o de las razones en función de los cuales el juez debería escoger una u otra *story*. La teoría holista parte de las doctrinas narrativistas para decir que el criterio sobre cuya base una *story* debería ser tomada como verdadera es esencialmente el de la *coherencia de la narración*<sup>187</sup>. No cabe duda que, en sí misma considerada, una *story* parece «mejor» y más persuasiva si es coherente y que parece menos persuasiva si es incoherente<sup>188</sup>. Sí es dudoso, en cambio, que la coherencia de la narración puede ser configurada verdaderamente como criterio fundamental y exclusivo para la elección de la decisión sobre los hechos.

Además, el propio concepto de coherencia es muy problemático en el ámbito de las doctrinas narrativistas<sup>189</sup>, de forma que se presentan dudas relevantes acerca del que debería ser el criterio-base para aquella elección. Pero esto conlleva que no se esté en condiciones de establecer cuándo, y sobre la base de qué factores, el juez debería adoptar una *story* y descartar otra<sup>190</sup>: lo que se perfila es la idea de que el

186. Cf. Taruffo, *Il processo civile «adversary»*, cit., p. 4.

187. V., en particular, Bennet y Feldman, *op. cit.*, pp. 33, 65, 88 y *passim*.

188. En efecto, a favor de la *story* coherente puede haber una presunción de verdad, pero no más que esto, dado que la coherencia de un conjunto de creencias no es suficiente para garantizar su verdad: v., en particular, Davidson, *A Coherence Theory of Truth and Knowledge*, en *Truth and Interpretation. Prospectives on the Philosophy of Donald Davidson*, ed. por E. Le Pore, Oxford, reed. 1989, p. 308.

189. V., por ejemplo, el análisis de Den Boer, *A Linguistic Analysis of Narrative Coherence in the Courtroom*, en *Law, Interpretation and Reality. Essays in Hermeneutics and Jurisprudence*, ed. por P. Nerhot, Dordrecht-Boston-London, 1990, pp. 349 ss.

190. Bennet y Feldman, *op. cit.*, pp. 68 ss., hablan de las *structural ambiguities* que pueden viciar la plausibilidad de la narración, pero se trata de comentarios genéricos, que

juez opte por la versión que más le persuada, sin que aparezcan claramente las razones de esa persuasión, o bien la sombra de la hipostatización de alguna «realidad ontológica» destinada a funcionar *a priori* como test automático de la coherencia de una narración de los hechos<sup>191</sup>. Sin embargo, no parece que por esta vía se obtengan resultados útiles a los efectos de comprender la dinámica de la decisión.

El aspecto más problemático y preocupante del concepto de coherencia narrativa empleado como criterio de decisión se pone de manifiesto, en cualquier caso, cuando aquél se propone como alternativa radical a cualquier criterio basado en la veracidad de la narración de los hechos de la causa. Que la coherencia narrativa no tiene nada que ver con la veracidad de la narración es, en efecto, un presupuesto indiscutible en el ámbito de las concepciones narrativistas: no es casualidad que en las versiones más consecuentes aplicadas a la decisión judicial se diga claramente que lo que interesa no es la determinación de la verdad sino el análisis estructural de la narración<sup>192</sup>.

Y así se llega realmente al centro del problema y a las razones fundamentales por las que la versión «fuerte» de la concepción holista-narrativista es insostenible.

Por un lado, es válida la objeción de fondo contra la aplicación de teorías narrativistas en función de teorías de la decisión judicial sobre los hechos: la objeción es que pueden existir narraciones coherentes que no sean verdaderas<sup>193</sup>, como las novelas, y pueden existir narraciones verdaderas (en el sentido de referidas a hechos confirmados por las pruebas) incluso si no son coherentes respecto de algún criterio de coherencia. La objeción no se supera recurriendo a algún concepto de

no fundamentan ningún concepto de «incoherencia». Un análisis preciso y sistemático del concepto de *coherence* se encuentra ahora en Alexy y Peczenik, *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*, en *Ratio Juris* 3, 1990, pp. 130 ss., pero las doctrinas narrativistas no parten normalmente de una definición aceptable del mismo. Por otra parte, el sistema de conceptos elaborado por Alexy y Peczenik se refiere a una idea *formal* de *coherence* (v., *ivi*, p. 145), como elemento central del concepto de justificación (*ivi*, p. 144): todo ello, junto con la precisión y la sistematicidad del análisis, resulta extraño a las verdaderas doctrinas narrativistas. No por casualidad, Alexy y Peczenik evitan configurar la *coherence* como criterio de verdad.

191. Este aspecto es particularmente evidente en el pensamiento de MacCormick, sobre el que puede verse la nota 23 del capítulo III, también para referencias bibliográficas adicionales.

192. Cf., especialmente, Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Merseyside, 1988, pp. 61 ss., 155 ss., 166 ss.

193. Cf., en particular, Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London, 1989, p. 181; Id., *Coherence, Truth and Rightness in the Law*, en *Law, Interpretation and Reality*, cit., p. 307.

«verdad» como coherencia<sup>194</sup>, porque esto implica siempre la reducción de la verdad a la coherencia y, por tanto, la referencia a este último criterio y no a otros.

Por otro lado, el proceso no está interesado en la adquisición de narraciones coherentes pero falsas, sino de narraciones verdaderas (aunque sean incoherentes). La tesis según la cual la decisión sobre los hechos no puede tener nada que ver con la realidad de los hechos o con la veracidad de su narración<sup>195</sup> es absurda, como lo es la tesis de que la victoria no corresponde a quien ha demostrado tener razón sobre los hechos, habiendo basado su propia posición en hechos «verdaderos», sino a quien ha presentado su propia *story*, aunque sea falsa, de la forma más coherente<sup>196</sup>. Ambas tesis, así como sus diversas versiones, se encuentran evidentemente en oposición con los principios *jurídicos* que definen la función del proceso y de la decisión, para los que no es indiferente, a diferencia de los narrativistas, que la *story* sea una novela o la narración de hechos de los que depende la aplicación de normas jurídicas. Al contrario, lo que importa en el proceso no es la calidad estructural de la narración de los hechos realizada por uno u otro abogado, sino la correspondencia con la realidad de la versión de los hechos que el juez sitúa en la base de su decisión<sup>197</sup>.

En este contexto, se plantea el problema del papel de las pruebas en el juicio sobre los hechos. Las teorías atomistas parten de la premisa de que la base de la decisión sobre los hechos está constituida por las pruebas: por *todas* las pruebas, analítica y conjuntamente consideradas, pero *sólo* por las pruebas. Es más, los modelos analíticos de valoración de las pruebas se plantean como modelos de valoración de todas las pruebas disponibles y, por tanto, como modelos teóricos de la determinación racional de los hechos en el ámbito del proceso<sup>198</sup>. A la inversa, las teorías holistas parecen sugerir, al menos en sus versiones más rigurosas, que la decisión se debe fundamentar sobre *algo distinto*,

194. Cf., por ejemplo, Bankowski, *The Jury and Reality*, en *Law, Interpretation and Reality*, cit., p. 227.

195. Cf. Bennet y Feldman, *op. cit.*, pp. 33, 65, 88 y *passim*.

196. Siempre según Bennet y Feldman (*op. cit.*, pp. 65 y 88), el juez no valora la narración en función de la referencia a los hechos, sino en función de *certain structural relations among chosen symbols*, cuya naturaleza se mantiene, sin embargo, vaga.

197. No es casualidad que las teorías narrativistas se ocupen de las *stories* narradas por los abogados, no de la que «narra» el juez en la sentencia (v., una vez más, el indicativo ejemplo de Bennet y Feldman, *op. cit.*, pp. 93 ss., 116 ss., 147 ss.). Esto explica quizás la indiferencia hacia el problema de la verdad de los hechos, pero torna a estas teorías inutilizables para el análisis de las decisiones.

198. V., *supra*, apartados 3, 4.1, 4.2.

aunque no bien precisado, de las pruebas<sup>199</sup>, y, en consecuencia, ignoran problemas como el de la definición del hecho, de la relevancia de la prueba, de la carga de la prueba, etcétera<sup>200</sup>. Queda entonces por establecer, una vez más, si esto es legítimo sobre la base de los principios que regulan la decisión judicial. Obviamente, cualquiera puede proponer que los jueces decidan según los criterios más diversos (por ejemplo, tirando los dados o, como sucedió una vez, interpretando la voluntad del *Führer*); otra cosa es certificar si esto es coherente con los fundamentos del sistema jurisdiccional, que normalmente impone a los jueces decidir «sobre la base de las pruebas». Igualmente incierta es la validez de una teoría de la decisión judicial que olvida los elementos principales del contexto en el que la decisión se sitúa, es decir, el proceso.

Hay, pues, numerosas y consistentes razones para sostener que las concepciones holistas, especialmente en las variantes que se apoyan en el concepto de coherencia narrativa, son infundadas y, por tanto, no constituyen una alternativa aceptable al método atomista de valoración de los elementos de prueba.

Existe, por otra parte, una forma menos radical y más razonable para configurar la relación entre la orientación holista, que pone el acento en la coherencia de la narración, y el criterio atomista, que se funda en la verdad de los hechos concretos en función de las pruebas que específicamente confirman sus respectivas hipótesis. Ésta consiste en considerar que hay, en lugar de una oposición irreducible entre los dos modelos, una posible combinación entre ellos en el ámbito de una teoría comprensiva de la decisión sobre los hechos.

Esa posibilidad parece existir, sobre la base de dos condiciones. La primera es que, en el contexto del proceso, los hechos sólo pueden considerarse determinados en función del grado de confirmación (o de probabilidad) lógica que los elementos de prueba disponibles atribuyen a sus respectivas hipótesis. La segunda condición es que el criterio de coherencia de la narración sea entendido como un factor de decisión integrativo y eventual, y no como un canon único y absoluto.

Sobre la base de los métodos individualizados según el modelo de la probabilidad lógica, es posible establecer qué hechos, entre aquellos que se hayan conjeturado, pueden considerarse «verdaderos», en la medida en que su enunciación reciba una confirmación adecuada de los elementos de prueba disponibles. Hasta aquí, el método atomista funciona plenamente.

199. V., *supra*, la nota 196.

200. Cf. Twining, *Lawyers' Stories*, cit., p. 242.

Supuesto que se disponga de una serie de hechos concretos cuya veridicidad está confirmada, puede suceder que puedan ofrecerse diversas interpretaciones conjuntas de los mismos, es decir, que se puedan incluir en distintas *stories*. En ese caso, la elección entre esas versiones conjuntas de los hechos no está determinada por los criterios que guían el juicio atomista sobre los hechos concretos y *puede ser* guiada, en cambio, por un criterio analítico que lleve a privilegiar, entre las distintas *stories* posibles, aquella que ofrece una narración conjuntamente más coherente de los hechos en cuestión. De esta forma, el criterio de la coherencia de la narración de los hechos puede operar racionalmente como factor de elección entre las distintas versiones de los mismos hechos. Sin embargo, debe subrayarse que de este modo la coherencia narrativa opera como criterio diferencial y *marginal*, aunque en algún caso específico pueda resultar decisivo, porque determina la elección entre *stories equivalentes desde el punto de vista de la verdad de los hechos narrados*.

En resumen, la coherencia de una *story* no sustituye su correspondencia con la realidad ni equivale a la misma y no puede por sí sola representar la razón por la que esa *story* es seleccionada para figurar en la base de la decisión. Sólo la narración que relata hechos «verdaderos» puede ser valorada por su coherencia y únicamente en ese caso la coherencia de la narración es un criterio preferencial de elección.

Puede suceder que la *story* más coherente coincida con la *story* narrada por el abogado de una parte, en cuyo caso el juez decidirá «haciendo propia» la versión de los hechos propuesta por esa parte. En todo caso, es siempre necesario que se trate de una narración «verdadera», es decir, que los hechos narrados estén adecuadamente confirmados por los elementos de prueba.

Sin embargo, no es en absoluto necesario que la decisión sobre los hechos recoja *in toto* la narración propuesta por una u otra parte. En efecto, puede suceder que las pruebas confirmen la verdad de las hipótesis sobre los hechos *A*, *B* y *C*, que son algunos pero no todos los hechos narrados por el actor (que no ha probado los hechos *D* y *E*), y la verdad de los hechos *X* e *Y*, que son algunos pero no todos los hechos narrados por el demandado (que no ha probado los hechos *Z* y *W*).

Según las teorías holistas-narrativistas rigurosas, el juez podría *únicamente* escoger entre la narración de *A*, *B*, *C*, *D* y *E*, tomada en su totalidad (y aunque *D* y *E* no hayan sido probados) y la narración de *X*, *Y*, *Z* y *W*, tomada en su totalidad (y aunque *Z* y *W* no hayan sido probados), optando por aquella que le parezca más coherente. Según la perspectiva que aquí se propone, en cambio, el juez debería en cual-

quier caso escoger una *story* basada en A, B, C, X e Y, esto es, en el contexto de los hechos que se han determinado, aunque esa narración no coincida con ninguna de las *stories* propuestas por las partes. Lo que aquí importa, en realidad, no es que una *story* de parte se transfiera íntegramente a la decisión, sino que la decisión se fundamente en una *story* relativa a hechos verdaderos. Desde este punto de vista, resulta evidente que las *stories* de parte, coherentes o no, no son determinantes para la decisión, mientras que adquiere una importancia máxima la *story* narrada por el juez, esto es, la versión de los hechos que el juez construye, o «reconstruye», sobre la base de los elementos de prueba de los que dispone. Si ninguna de las narraciones de las partes está íntegramente confirmada por las pruebas, eso supone simplemente que la decisión no podrá coincidir con ninguna de ellas y que el juez deberá elaborar una tercera *story* que tenga en cuenta únicamente los hechos probados y «descarte» los hechos que no resulten probados<sup>201</sup>.

En el ámbito de la narración llevada a cabo por el juez, el criterio de la coherencia resulta realmente importante porque es razonable que prevalezca, entre las distintas narraciones posibles que incluyen a A, B, C, X e Y, aquella más coherente y que, en cambio, sean rechazadas aquellas que no confieren coherencia al contexto de los hechos probados.

Por otra parte, está claro que el criterio de la coherencia, concebido de este modo, tiene únicamente un papel ocasional. En efecto, puede suceder que ni siquiera entre en juego, si es el caso que una sola *story* es concebible en referencia a los hechos que han resultado probados. Puede suceder, incluso, que el criterio de la coherencia se incumpla, en el caso en que el conjunto de los hechos probados no pueda incluirse en una narración armónica: en ese caso, se estará ante una decisión puramente «atomista» en la medida en que estará fundamentada exclusivamente en el juicio de verdad/falsedad referido a los hechos concretos. Pero no hay nada extraño en situaciones de este tipo: ciertamente, es preferible que una decisión se base en una *story* que dé cuenta de forma coherente de los hechos probados<sup>202</sup>. No obstante, si

201. El método para construir esa *story* no podrá estar basado en el análisis atomista de los hechos y de sus respectivas pruebas. Para ello me remito a los modelos examinados, *supra*, en los apartados 2 y 3.

202. Si, como parece (cf. Alexy y Peczenik, *op. cit.*, p. 144), la *coherence* es el elemento central de la justificación, frente a una reconstrucción incoherente de los hechos, resultará justificada la elección de una reconstrucción coherente de los mismos. No obstante, esto no afecta a la veridicidad de una u otra reconstrucción de los hechos: por un lado, como ya se ha dicho en diversas ocasiones (*supra* en el texto y también en el capí-

surge un conflicto entre la coherencia de la narración y el resultado de las pruebas, en el sentido de que resultan probados hechos que no guardan coherencia o bien no resultan probados todos los hechos que serían necesarios para hacer coherente la narración, entonces es inevitable que la decisión se base en una versión de los hechos que no respete el criterio de la coherencia narrativa. La función del juez no es hacer coherentes narraciones que no lo son sobre la base de las pruebas, ocasionalmente manipulando su resultado *ex post*<sup>203</sup>; más bien, debe componer un *puzzle* integrado únicamente por los hechos probados, extrayendo sus consecuencias jurídicas en términos de correspondencia/no correspondencia entre esos hechos y los supuestos de hecho jurídicos que se conjeturan aplicables<sup>204</sup>. Podrá entonces suceder que al ser incoherente o incompleto el conjunto de los hechos probados, éstos no estén en condiciones de fundar la aplicación de esta o aquella norma y no constituyan, por tanto, la condición fáctica del efecto jurídico invocado por una u otra parte. Pero todo esto cae completamente en la dinámica normal del proceso, donde sucede a menudo que un derecho no es reconocido si quien lo afirma no cumple con la carga de probar todos los hechos de los que aquél depende.

Parece, pues, evidente que la concepción holista sitúa adecuadamente el acento en la exigencia de una valoración global de las pruebas a la vista de una reconstrucción conjuntamente aceptable de los hechos de la causa. Su límite principal, sin embargo, está en el hecho de que no ofrece criterios comprensivos y seguros para la valoración «holista» de las pruebas que resulten alternativos respecto de los ofrecidos por el análisis atomista. Esos criterios no quedan individualizados en las apelaciones genéricas a la intuición o al sentido común y tampoco en las

tulo III, 1), la coherencia no garantiza por sí sola la verdad de una aserción; por otro lado, la coherencia como justificabilidad racional puede constituir un buen criterio de elección *únicamente* entre versiones verdaderas de los hechos, en cuanto confirmadas por pruebas. En el mismo sentido, cf. Comanducci, *La motivazione in fatto*, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, ed. por G. Ubertis, Milano, 1992, p. 242.

203. Es insostenible la opinión de Tillers (*op. cit.*, pp. 303 ss., 306), según la cual el juez debería dar un sentido coherente a los distintos hechos, eventualmente descartando aquello que se oponga a este «sentido», y abandonando o modificando las pruebas para hacerlas coherentes con la *story*. La idea de que el juez *invente* la historia que reconstruye los hechos (*ivi*, p. 306) puede tener un sentido si significa que el juez *ponga orden* entre los hechos que resultan probados; en cambio, es exagerada y con toda probabilidad inaceptable si significa que, a los efectos de construir una historia coherente, el juez omite tomar en consideración hechos probados y dé por verdaderos hechos que no estén probados.

204. Sobre la compleja relación entre hecho y supuesto de hecho legal v., *supra*, capítulo II.

versiones narrativistas en las que se privilegia en elemento de la *narrative coherence*. Lo que la concepción holista no alcanza a ofrecer es, en particular, la demostración de la necesidad, y tampoco de la oportunidad, de criterios de decisión distintos de la correspondencia de la narración a la realidad de los hechos, verificada mediante los elementos de prueba disponibles en el caso concreto.

Por otra parte, la concepción atomista parece capaz de afrontar numerosos problemas que la concepción holista ni siquiera se plantea, pero que afectan directamente al contexto procesal en el que se sitúa la decisión sobre los hechos: así, por ejemplo, el supuesto de la relevancia jurídica y lógica de los hechos, de la función de la prueba, de la relación entre prueba y hecho o de la carga de la prueba.

Además, el método atomista parece en condiciones de ofrecer respuestas satisfactorias a los problemas que se plantean en el ámbito de la perspectiva holista. Para comprobarlo, basta no reducir el método atomista a la parte que se refiere más directamente al análisis de los hechos específicos y la valoración de cada medio de prueba, lo que, por otra parte, sería erróneo tanto desde el punto de vista histórico como teórico<sup>205</sup>. Al contrario, el método atomista, así entendido, representa únicamente un aspecto, aunque fundamental, de una *metodología analítica* más amplia que se enfrenta también a los problemas de la valoración combinada y conjunta de las pruebas<sup>206</sup>. Así pues, el método atomista no sufre inferioridad alguna respecto del método holista desde el punto de vista de la respectiva capacidad de afrontar y resolver problemas.

En todo caso, en el fondo de la oposición entre las concepciones holista y analítica acerca del juicio de hecho queda siempre el conflicto de pareceres sobre el presupuesto fundamental según el cual el criterio central del juicio de hecho es que la prueba sirve para controlar el grado de correspondencia entre la hipótesis sobre el hecho y la realidad empírica. La propuesta analítica no abandona este presupuesto y tiende a construir sobre la base del mismo una red de conceptos y de criterios metodológicamente correctos y tesis dirigidas a la racionalización de la valoración del juez sobre las pruebas. La concepción holista, en cambio, rechaza cualquier idea de correspondencia de la decisión

205. Pensadores como Bentham y Wigmore pertenecen indudablemente a la línea atomista, pero sus teorías no se limitan en absoluto al análisis atomista en el sentido más restringido del término, sino que afrontan también los problemas de la valoración combinada y conjunta de las pruebas. Al respecto, v., ampliamente, Twining, *Theories of Evidence*, cit., pp. 47 ss., 52 ss., 125 ss., 179 ss.

206. V., *supra*, en los apartados 3, 4.1, 4.2 e, *infra*, en el apartado 5.1.



sobre los hechos con la realidad empírica y, en consecuencia, está destinada a buscar criterios de decisión en el contexto de esta o aquella narración de los hechos, más bien que en la relación entre narración y hechos narrados.

Parece evidente, a partir de las consideraciones realizadas hasta este momento, que la concepción holista no consigue explicar el rechazo radical de todo «criterio de correspondencia»<sup>207</sup>, pero también especialmente que esta concepción no consigue fundamentar una teoría aceptable de la decisión que realmente prescindiera de la relación entre la reconstrucción judicial de los hechos y la realidad empírica de los mismos. Esta relación puede, por otra parte, ponerse en cuestión o incluso negarse sobre la base de distintas opciones filosóficas o de diversas concepciones acerca de la oportunidad o de la necesidad de que el proceso alcance reconstrucciones aceptables de los hechos. Pero en este nivel el problema se refiere a orientaciones de carácter generalísimo, de las que ya se ha discutido en otro lugar<sup>208</sup>, y no a elecciones entre metodologías distintas de la valoración de las pruebas.

5.1. *Criterios conjuntos de decisión sobre el hecho.*—La concepción holista presenta los límites que acaban de mostrarse y, por tanto, no produce teorías globalmente alternativas, respecto de la teoría analítica, del juicio de hecho y de la valoración de las pruebas. Sin embargo, es significativa incluso desde el punto de vista de la metodología analítica, en la medida en que subraya la importancia de la consideración conjunta de los hechos y de las pruebas que a ellos se refieren, así como de la individualización de criterios de decisión que no afecten únicamente a los hechos y las pruebas tomados aisladamente. Desde este punto de vista, es necesario desarrollar alguna reflexión adicional, teniendo presente que la determinación de criterios conjuntos de decisión no supone en absoluto el abandono de la metodología analítica en favor de alguna concepción holista, sino completar el cuadro analítico sobre la base de presupuestos que están intrínsecamente vinculados con él.

Así pues, permanece inamovible el presupuesto según el cual la decisión tiende a fundamentarse en una reconstrucción de los hechos correspondiente con la realidad empírica de los mismos, en la medida en que esto esté confirmado por las pruebas, tomadas por separado y en sus posibles combinaciones<sup>209</sup>.

207. Sobre la posibilidad de que existan versiones aceptables y «no ingenuas» de este criterio v., *supra*, capítulo III, 1.

208. V., *supra*, en los capítulos I y III.

209. V., *supra*, apartados 2 y 3.

En el ámbito de este presupuesto es posible individualizar algunos criterios *conjuntos* que pueden entrar en juego en la decisión final sobre el hecho, determinando la elección racional del juez en favor de una reconstrucción global de los hechos y no de otras.

Se ha hecho ya mención a uno de esos criterios<sup>210</sup> cuando se ha observado que la coherencia narrativa no puede ser el criterio exclusivo de elección entre las *stories* narradas por las partes, pero que puede operar como un factor integrativo y eventual de elección, por parte del juez, entre diversas posibles reconstrucciones de los hechos resultantes de las pruebas. Una vez adquirido el resultado de las pruebas referido a cada hecho concreto (y establecido atomistamente), en el caso en que esos hechos puedan combinarse de distintas formas, parece razonable atribuir mayor aceptabilidad a la combinación que presente un grado mayor de coherencia narrativa.

Surgen otros criterios conjuntos si se toma en cuenta el problema de la reconstrucción global de los hechos, es decir, de la *story* construida por el juez, desde otros puntos de vista.

Así, por ejemplo, un factor importante de esta *story* puede ser su *coherencia lógica*. Al respecto, importan los elementos lógicos del «discurso» del juez sobre los hechos y, en particular, aquellos que se refieren a la no-contradicción y a la coherencia inferencial. En cuanto a la no-contradicción, se trata de evitar las situaciones que se producen, por ejemplo, si un mismo hecho se considera al mismo tiempo verdadero y falso, o si se consideran contemporáneamente verdaderos dos hechos recíprocamente incompatibles, o si se emplean en el mismo contexto reglas de inferencia incompatibles entre sí. La coherencia inferencial afecta a la estructura de la concatenación de inferencias con la que el juez vincula hechos distintos, secundarios y principales, a los efectos de extraer las consecuencias de los elementos de prueba disponibles<sup>211</sup>.

Los problemas referidos a las inferencias y a sus concatenaciones se plantean normalmente en la valoración de las pruebas y aquellos referidos a la contradicción entre afirmaciones de hecho son habituales en función de las distintas alegaciones que realizan las partes sobre los hechos de la causa. Precisamente estos problemas son los que dan lugar a las distintas situaciones probatorias que se han examinado anteriormente<sup>212</sup>. Estas situaciones constituyen, por otra parte, las cues-

210. Cf. el apartado anterior.

211. Para un examen más analítico de las estructuras inferenciales en la valoración de las pruebas v., *supra*, apartados 2.2, 2.3 y 3.

212. V., *supra*, apartados 1 y 2.

tiones que debe resolver el juez en la decisión sobre los hechos y sobre la base de las pruebas: por tanto, no pueden quedar sin resolver en el contexto de la «narración de los hechos» que el juez selecciona como hipótesis final de la decisión. Si no fuera así, la decisión no sería adecuada por no contener la solución de las cuestiones que deberían estar resueltas.

Así pues, puede suceder que la *story* del juez sobre los hechos probados no responda plenamente a los cánones de la coherencia narrativa, pero si esto se produce por el resultado de las pruebas la decisión resulta igualmente aceptable. En cambio, la *story* no es racionalmente aceptable si no es *lógicamente coherente*, es decir, si el juez no ha resuelto claramente y sin contradicciones las cuestiones surgidas en las diversas situaciones probatorias.

Otro criterio que afecta en su conjunto a la narración de los hechos de la causa es el que puede denominarse de la *congruencia* de la narración respecto de los hechos. Este criterio puede tener alguna conexión con la coherencia narrativa<sup>213</sup>, pero adquiere un significado distinto y más específico si se refiere a la relación entre la narración y el conjunto de los hechos determinados sobre la base de las pruebas<sup>214</sup>. Se puede considerar como congruente la narración que refleja el conjunto de los hechos efectivamente probados: en ella la *story* narrada organiza en un contexto significativo el resultado de la valoración atomista de los concretos medios de prueba en relación con los hechos.

La función principal del criterio de congruencia, así entendido, es la de asegurar que las narraciones de los hechos que se realizan en el proceso, y en especial la que al final es elaborada por el juez, tengan una estrecha correspondencia con los hechos de la causa sobre la base de su respectiva confirmación probatoria. Se comprende mejor esta función si se la considera en su versión negativa, es decir, en el sentido de la exclusión del conjunto de las *stories* significativas a los efectos de la decisión de aquellas incongruentes, por ser *incompletas* o *sobrea-bundantes*.

213. Se trata en todo caso de un criterio distinto del propuesto por MacCormick (respecto del cual puede verse la nota 23 del capítulo III). MacCormick piensa más bien en un «mundo nouménico» cuya coherencia ontológica debería garantizar la de las narraciones.

214. Obviamente, puede tratarse de una determinación «positiva» (cuando la hipótesis de la existencia del hecho queda confirmada) o «negativa» (cuando, en cambio, queda confirmada la hipótesis de la inexistencia del hecho). A los efectos de lo que se sostiene en el texto, lo que importa es que en cualquier caso existan proposiciones fundadas sobre las pruebas respecto de los distintos hechos.

Son incompletas las narraciones que no incluyen todos los hechos que han sido probados en el juicio. Esto puede suceder por no haber tomado en consideración todas las pruebas o porque, por cualquier motivo, no ha sido incluido en la narración un hecho para el que existen, en cambio, elementos de prueba. La incompletud está referida esencialmente a los hechos principales, pero puede producirse también por no tomar en consideración un hecho secundario, si de ello se deriva una laguna respecto de un hecho principal<sup>215</sup>.

Puede resultar incompleta una narración de parte si resultan probados hechos posteriores respecto a los que la parte haya alegado: esto supone que aquella narración no sea suficiente para constituir una hipótesis de decisión válida. También puede ser incompleta la narración de los hechos llevada a cabo por el juez y tomada como base para la decisión: esto sucede si hace suya una narración incompleta propuesta por una parte o, en todo caso, si confecciona una versión de los hechos en la que no toma en cuenta circunstancias relevantes que hayan sido probadas. En ese caso la incongruencia por incompletud respecto del resultado de las pruebas constituye un vicio de la decisión (que los juristas conocen con el nombre de «omisión de examen de un hecho decisivo»)<sup>216</sup> en la medida en que resulta violado el principio fundamental según el cual la decisión debe adoptarse sobre la base de todas las pruebas disponibles.

Son sobreabundantes las narraciones que incluyen hechos adicionales respecto de los que han resultado probados: esos hechos son afirmados, pero esta afirmación no tiene apoyo en los elementos de prueba incorporados en el proceso. A menudo son sobreabundantes las narraciones de los hechos propuestas por las partes, en cuanto alegan hechos para los que no consiguen ofrecer prueba<sup>217</sup>. Desde el punto de vista jurídico, una narración de ese tipo no puede constituir la base de la decisión, en la medida en que la parte no ha cumplido con la carga de la prueba que le incumbía. Pero incluso desde el punto de vista puramente racional, no es posible que una narración de este tipo se sitúe en la base de la decisión: ésta resultaría, en efecto, inaceptable y vicia-

215. Es lo que se produce, por ejemplo, cuando al no tomar en consideración un indicio se olvida o niega la existencia de un hecho jurídicamente relevante.

216. Cf. Taruffo, *La motivazione*, cit., pp. 481 ss., 545 ss., también para referencias bibliográficas.

217. Obviamente, aquí interesan sólo los hechos relevantes para la decisión. Las partes a menudo narran circunstancias que no son jurídicamente relevantes, pero se trata de adiciones redundantes que pueden dejarse a un lado desde el punto de vista que aquí importa.

da porque presupondría la existencia de algunos hechos de los que no se tienen pruebas.

También puede ser sobreabundante la narración elaborada autónomamente por el juez para ponerla en la base de la decisión, pero también en este caso se trataría de una decisión viciada por oponerse al principio según el cual el juicio sobre los hechos debe basarse en el resultado de las pruebas.

Naturalmente, una narración sobre los hechos, propuesta por una parte o acogida por el juez, puede ser al mismo tiempo incompleta y sobreabundante. Esto ocurre cuando no toma en cuenta algunos hechos probados y, en compensación, incluye hechos no probados. Se tratará, en ese caso, de una narración doblemente incongruente que, a mayor razón, no puede ser racionalmente situada en la base de la decisión.

El mismo discurso es válido, además, con mayor razón aún, para la narración que sea *totalmente incongruente* porque afirma hechos absolutamente carentes de demostración probatoria y olvida los hechos determinados según las pruebas. Está claro, por otra parte, que esta narración es incongruente en la medida en que no tiene en cuenta los hechos probados, pero es también *falsa*, en la medida en que afirma, narrándolos como verdaderos, hechos que no lo son en el contexto de los elementos de confirmación incorporados al proceso.

Obsérvese, además, que todas las narraciones parcial o totalmente incongruentes pueden ser, en cambio, narrativamente coherentes y, por tanto, también persuasivas, si su autor consigue confeccionar de forma eficaz su *story*. Esto no tiene nada de extraño si se tiene en cuenta que también puede haber coherencia narrativa en narraciones total o parcialmente carentes de correspondencia con la eventual realidad empírica de los hechos que se narran.

Finalmente, vale la pena mencionar un criterio adicional, constituido por la correspondencia de los hechos determinados con un supuesto de hecho legal idóneo para constituir el criterio *jurídico* de la decisión.

Las concepciones holistas-narrativistas no olvidan la conexión entre *quaestio facti* y *quaestio juris*, pero una vez más formulan el problema en términos que no parecen particularmente útiles para comprender la dinámica de la decisión y los criterios de elección de cuya aplicación depende la decisión. Por un lado, decir que la individualización del hecho objeto del juicio está vinculada al esquema legal que se emplea para definir los términos de la controversia<sup>218</sup> significa redescu-

218. Cf., al respecto, Twining, *Lawyers' Stories*, cit., pp. 228 ss., así como Bennett y Feldman, *op. cit.*, pp. 7 ss., 41 ss., 171 ss.

brir por enésima vez el lugar común según el cual los hechos que interesan en el proceso son aquellos definidos en función de las normas que se consideran aplicables para decidir la controversia *in jure*. Esto es, notoriamente, obvio y no es ciertamente patrimonio exclusivo de las concepciones narrativistas del proceso.

Por otro lado, estas concepciones insisten en plantear el problema de la «definición legal» del hecho únicamente desde la óptica de las *stories* narradas por los defensores y no desde la óptica de la decisión formulada por el juez<sup>219</sup>. También respecto de este punto son válidas las observaciones realizadas anteriormente<sup>220</sup> en el sentido de que nada justifica el privilegio teórico atribuido al «punto de vista» del abogado ni tampoco la reducción al mismo del «punto de vista» del juez.

Por otra parte, como también se ha señalado ya, el problema de la decisión no es el de la adopción de la *story* fáctica/jurídica de una u otra parte, sino el de la construcción de una hipótesis resolutoria que el juez asuma como válida sobre la base de criterios racional y jurídicamente fundados.

Aparece así la importancia del criterio constituido por la correspondencia entre los hechos y el supuesto de hecho jurídico aplicable a los primeros. De forma general, esta relación conlleva la individualización de los hechos significativos en el proceso, en función del parámetro de su relevancia jurídica en relación con las normas aplicables. En la realidad, la formulación específica de esta relación suscita numerosos y complejos problemas<sup>221</sup>, pero en línea de principio no es dudoso que ésta define «el hecho» que constituye propiamente el objeto de la actividad probatoria y de la decisión final del juez. La misma relación entre hecho y derecho, o bien entre supuesto de hecho concreto y supuesto de hecho legal, opera *ex post* —es decir, en la decisión— como criterio de elección entre las distintas reconstrucciones eventualmente posibles de los hechos que resultan probados.

Desde un punto de vista puramente teórico, se puede disponer, por un lado, de distintas narraciones posibles de los hechos probados y, por el otro, de distintos esquemas jurídicos hipotéticamente aplicables a ese caso concreto. El problema de la decisión consiste, entonces, en la individualización de la hipótesis de máxima correspondencia entre una narración de los hechos y un supuesto de hecho jurídico: la máxima correspondencia se obtiene cuando una narración de los hechos integra perfectamente el esquema fáctico del supuesto de hecho legal

219. Cf. Twining, *op. ult. cit.*, pp. 232 ss.

220. V., *supra*, apartado 5.

221. V. ampliamente, *supra*, capítulo II.

destinado a constituir el criterio jurídico de decisión, permaneciendo inamovible que en cierta medida también la elección del supuesto de hecho «justo» depende de la determinación de los hechos y, por tanto, de la narración de los mismos que parezca más aceptable<sup>222</sup>. Se estará, en cambio, ante una correspondencia parcial cuando una narración de los hechos integre sólo en parte el esquema fáctico de un supuesto de hecho legal y ante una falta de correspondencia cuando, ante un determinado supuesto de hecho legal, ninguno de sus presupuestos fácticos se encuentra en el ámbito de lo que resulta de las pruebas en el caso concreto.

Así pues, puede haber distintos grados de correspondencia entre las narraciones referidas a los hechos determinados y los supuestos de hecho legales aplicables: un criterio racional de elección entre distintas narraciones de los hechos está, en cualquier caso, representado por el grado tendencialmente o relativamente mayor de correspondencia de una narración respecto del supuesto de hecho legal que determina la decisión jurídica<sup>223</sup>.

En todo caso, es útil recordar que este criterio es posterior y no sustitutivo o alternativo respecto de los otros criterios anteriormente examinados. En resumen, y aparte de la eventual relevancia del factor constitutivo de la coherencia narrativa, resulta que la decisión final sobre el hecho dotada del grado más elevado de racionalidad es la que se basa en una narración que sea, al mismo tiempo, lógicamente coherente, congruente respecto de los hechos que resulten probados y correspondiente al supuesto de hecho legal que se pone en la base de la decisión *in jure*.

222. Se deja aquí deliberadamente abierto el problema de la elección, por parte del juez del supuesto de hecho legal a aplicar como criterio de decisión (al respecto, v., en especial, capítulo II, 2.1 y 2.2).

223. Sobre las distintas articulaciones de la conexión hecho-derecho v., en cualquier caso, las consideraciones desarrolladas en el capítulo II.



## EJERCICIOS

Conforme al expediente de una averiguación previa iniciada en junio de 2000 y preparada para detectar el no ejercicio de la acción penal en abril de 2001, considere cuáles podrían ser las responsabilidades del agente del Ministerio Público. Tome en cuenta el estado de salud de la persona lesionada, así como el plazo que se ve reflejado con las siguientes actuaciones del expediente:

1. Declaración del oficial de policía (21 de junio): "Al llegar, observamos que sobre el carril derecho de la lateral estaba estacionado un vehículo marca \_\_\_\_\_ placas \_\_\_\_\_, y a un lado estaba el conductor de nombre \_\_\_\_\_ quien informó que él había atropellado a una persona del sexo femenino, trasladada inconsciente al hospital de la Cruz Roja a bordo de la ambulancia 1000, al mando del paramédico \_\_\_\_\_".
2. Certificado de ebriedad del conductor: no ebrio.
3. Declaración del sospechoso: "Es aproximadamente a las 13 horas cuando conducía mi auto, iba circulando por la lateral con dirección poniente a oriente, de \_\_\_\_\_ pasando el puente \_\_\_\_\_, circulando por el carril derecho a una velocidad de 50 kph, separado de la guarnición derecha unos 2 m aproximadamente, por lo que al incorporarse a la derecha, de repente sale corriendo por el lado derecho una persona desconocida del sexo femenino".
4. El vehículo fe ministerial del vehículo: El vehículo presenta en su parte delantera del lado derecho afectado su mica del faro, tapa del motor, parabrisas estrellado del lado derecho, base del espejo retrovisor roto, apreciándose encima del tablero indicios de cristales del parabrisas en el piso, del lado derecho del copiloto, sobre el asiento y tablero del lado de la guantera.
5. Dictamen de tránsito terrestre: no es posible rendir una opinión al respecto, en virtud de que es necesario contar con la declaración del peatón –hoy lesionaba–, la cual deberá contestar el cuestionario adjunto, misma que deberá indicar la forma como se produjo el hecho, con base al cro-



quis ilustrativo del lugar; por otra parte, es necesario contar con la declaración de policías remi- tentes y personal de emergencia, mismos que deberán indicar con el croquis del lugar exacto de donde se localizó la lesionada después del accidente; así como la mecánica de las lesiones y una ampliación de declaración del conductor, con base al croquis adjunto y contestar las preguntas del cuestionario adjunto.

6. Informe de la oficial secretaria: no ha podido recabar su declaración ya que se encuentra incon- siente. Asimismo, a las 2250 horas personal ministerial informó que la lesionada estaba entuba- da y su estado de salud se reportaba delicado, y las lesiones se clasificaron como las que ponen en peligro la vida.
7. Informe de Personal ministerial... informó que la lesionada aún no había podido rendir su decla- ración porque la reportan muy grave e inconsciente, con ventilador artificial, por lo que habían recabado la declaración de la madre de la lesionada; declaró como se había enterado del acci- dente de su hija-- vía celular.
8. Perito en medicina forense: el 25 de junio \_\_\_\_\_ un perito en medicina forense dictaminó que la señorita, si evoluciona satisfactoriamente tardará en poder declarar al menos siete días.
9. Declaración de la madre: el 28 de julio la madre de la lesionada se presentó en la agencia del ministerio público refiriendo que las zonas de infarto cerebral fueron muy grandes por momen- tos puede platicar pero después comienza a hablar incoherencias. Explicó además que el seguro del responsable presunto requiere un dictamen para cubrir los gastos médicos de su hija.
10. Intervención de la policía judicial: 25 de agosto se solicitó a policía judicial que se investigaran los hechos.
11. El informe del 11 de septiembre registra la entrevista con una persona de sexo masculino quien desconoce los hechos que se investigan.
12. Declaración de la madre (2): la madre de la agraviada se negó a que se practicara una valoración médica de su hija para saber si estaba en condiciones de declarar el 25 de septiembre.
13. Declaración del paramédico: el 25 de septiembre el paramédico aclaró que "a nuestra llegada nos percatamos de que el lugar es un retorno y sobre el primer carril de izquierda a derecha inicia la vuelta y a una distancia aproximada de uno. 5 m de la acera oriente fue localizada una persona de sexo femenino... se apreciaba inconsciente, boca arriba, poli confundida en cara, brazos, pier- nas, y al ver que sangraba de la nuca, de inmediato la subimos en camilla a la ambulancia,. Al examinarla a bordo de la ambulancia diagnosticamos un traumatismo craneoencefálico grado dos.
14. Peritos en tránsito terrestre (2): el 12 de octubre se recibió el dictamen de peritos en tránsito terrestre: "no es posible rendir una opinión al respecto en virtud de que es necesario contar con la declaración de la peatón---.

15. Solicitud de registros médicos: el 28 de noviembre personal ministerial solicitó copias certificadas del expediente de la paciente. El 12 de enero se solicitó notas médicas actualizadas: control de neurocirugía, medicina física y rehabilitación. El 6 de febrero la madre informó que no se habían practicado otras valoraciones médicas a su hija.
16. No ejercicio de la acción penal: el 23 de febrero se procedió a proponer el no ejercicio de la acción penal. *Improcedente no ejercicio de la acción penal*; "se deberá llevar a cabo la médica mitad de lesiones y que declare la lesionada.

Conteste las siguientes preguntas en la página 381:

1. Identifique los elementos de prueba disponibles en el expediente. A partir de los elementos de prueba, ¿podría usted imaginar teorías alternativas del caso? (e.g., quizá teorías sometidas por las víctimas en o la defensa del acusado)
2. ¿Es correcto decir que el caso que presenta la víctima ante el Ministerio Público ("caso MP") es el mismo que se presenta ante la CDHDF ("caso CDHDF")? ¿Podría explicar en qué sentido hablamos de casos distintos? El sujeto investigado ¿es el mismo en ambos casos? ¿Qué marco legal aplica el Ministerio Público? ¿Qué marco jurídico aplica la CDHDF?
3. ¿Puede usted plantear los hechos que serían relevantes para un caso de violación a los derechos de las víctimas en el "caso CDHDF"? ¿Podría usted plantear las teorías del "caso CDHDF" que podrían plantear el Ministerio Público o el abogado de la víctima sobre el estatus y desarrollo del "caso MP"?
  - a) ¿Es correcto decir que para el desarrollo del caso es condición contar con los "hechos jurídicamente relevantes" del caso MP?
  - b) ¿Qué razones pueden dar cuenta del estado de la investigación del caso del MP? ¿Qué hechos del caso sería necesario cambiar para que cambiara este estado de cosas?
  - c) ¿Cómo podrían cambiar las razones anteriores si se alegara que se el conductor estaba ebrio? ¿Cuál sería la situación si la persona lesionada hubiera perdido la vida como consecuencia del incidente? ¿Cómo podría el ministerio público explicar el interés del perito en transporte terrestre de contar con la declaración de la víctima?
  - d) Desde la perspectiva de la víctima, ¿tiene algún impacto en sus hipótesis respecto de los hechos de que la madre se haya negado a que la víctima declarara?
  - e) El hecho de que el expediente no muestre ningún croquis llenado por la víctima, a pesar de que los peritos en tránsito terrestre lo solicitaron dos veces, ¿Cambia en algo la hipótesis sobre los hechos que ofrezca la víctima? ¿Cambiaría en algo La situación si la víctima tuviera alguna debilidad visual?
4. Sobre el caso CDHDF: ¿Qué hechos tendría que establecer la CDHDF para cumplir su mandato? ¿Cree usted que los hechos proporcionados permiten elegir entre las hipótesis alternativas que podrían plantear el fiscal y la víctima?

5. Podría usted someter las razones del Ministerio público o de la víctima al análisis a alguna de las teorías de la argumentación planteadas por Atienza?
6. ¿Podría usted explicar, de ser el caso, cómo podríamos aplicar la técnica de la inferencia en cascada, o cualesquiera otras propuestas por Taruffo, para tomar una decisión respecto de los hechos del caso?

A continuación se refieren algunas declaraciones en torno de un incidente en una estación de metro. Las declaraciones versan sobre los momentos que siguieron a un intento de suicidio de un hombre que se lanzó a las vías del metro, hasta que fue sacado de la estación.

*Primera declaración:*

Siendo aproximadamente las 6:20 horas escuchó gritos por lo que salió de su cubículo, observó que los gritos provenían de la escalera fija el descenso del andén, observó que cuatro o cinco policías auxiliares bajaron por las escaleras fijas el descenso del andén a un sujeto que llevaban cargando sujetándolo de pies y brazos; observó que trasladaron al sujeto al cubículo del jefe de estación, al observar esto se dirigió al cubículo donde observó al coordinador de servicios externos de seguridad, mismo que estaba entrevistando al sujeto. Asimismo observó que la vestimenta de este estaba sucia pero se le apreciaba sin lesiones y su lenguaje era normal porque hablaba con claridad y tranquilo. Los policías y el jefe de estación entrevistaron al sujeto como es de rutina en situaciones similares. Los elementos de la policía a auxiliar señalaron que harían su remisión, observando cómo el sujeto salió caminando del cubículo custodiado por los policías auxiliares que caminaban a su lado, recabó información de lo ocurrido para pasar el reporte del centro estratégico de operaciones. Observó que cuando la persona salió del cubículo, iba cojeando del pie izquierdo.

*El inspector jefe de estación*

Después de ver que un hombre es llevado por los pies custodiado por cuatro o cinco policías, "les preguntaron por qué lo traían arrastrando y un elemento de la policía a auxiliar mención a que se arrojó a las vías, introduciéndolo al cubículo del jefe de estación y de inmediato al local seis aventándolo al piso, entrando en este momento aproximadamente ocho o 10 elementos al local 63 de los cuales les bloquearon el acceso a dicho local logrando ver que los dos sujetos vestidos de civil y aproximadamente cuatro policías auxiliares lo pateaban en el estómago y costillas, al tratar de impedir dicha acción, los tres elementos que bloquearon el acceso al local seis les mencionaron que ellos no tenían por qué intervenir en dicha acción. El declarante logró entrar al local seis y así evitar que siguieran pateando al usuario... entró un sujeto de aproximadamente 1.80 vestido de traje, quien procedió a interrogar al usuario que se arrojó a las vías al parecer y por comentarios de los mismos policías auxiliares, procediendo a trasladarlo de local al pasillo de salida Sur y efectuar la remisión a través de las patrullas de la SSPDF que se localizan en el paradero de la estación. Se llevan caminando al usuario sin rastros de sangre.

*El inspector jefe de estación (2):*

El mismo sujeto declaró en otra oportunidad que no eran cuatro o cinco sino seis o siete policías que jalaban de los pies a un sujeto, especificó que tres policías bloquearon la puerta, relata que alcanzó a ver a dos civiles y cuatro policías pateando a la persona en el estómago y las costillas, mientras él se cubría la cara con manos y brazos. Dijo además que la agresión duró un minuto, explicó que el sujeto caminaba bien mientras era sacado de la estación, y reportó que no podía declarar respecto de las características físicas de quienes participaron.

1. Los hechos contenidos en estas declaraciones son muy escuetos y confusos. Trate de esbozar las preguntas de hecho que usted formularía si tuviera la oportunidad de entrevistar a estos dos testigos. Con la información de la que dispone, ¿puede formular hipótesis sobre los hechos que se describen aquí? ¿Puede formular hipótesis contradictorias o incompatibles sobre los hechos?
2. ¿Podría discutir la verosimilitud, probabilidad con la verdad de los enunciados de los testigos? ¿Podría usted afirmar de estas declaraciones cuales hipótesis gozarían de un mayor grado de credibilidad?
3. Si aplicamos alguna de las teorías de argumentación racional descritas por Atienza, ¿estaríamos en mejores condiciones de valorar dichas hipótesis?
4. ¿Podría usted decir que datos requeriría para la aplicación del teorema de Bayes? Aún cuando los hechos son sumamente escuetos, ¿podría usted discutir cómo podríamos aplicar una lógica debe y con si tuviéramos que afirmar cuáles hechos en verdad sucedieron?

*A las declaraciones anteriores añada ahora la de un policía a auxiliar:*

"...Al estar tomando fotos al detenido, éste intentó darse a la fuga por lo que los policías volvieron a asegurarlo; que al terminar de tomar las fotos el detenido fue subido a la patrulla. Por indicaciones de \_\_\_\_\_ el detenido fue trasladado a la agencia 50. Al llegar, 20 o 30 minutos después, se acercó el supervisor del grupo y le solicitó que diera apoyo de una ambulancia por medio de la frecuencia del metro \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_, a bordo de la patrulla que transportaba el detenido, lo bajaron ayudados por otros compañeros que estaban afuera de la agencia, quienes casi lo cargaron porque no podía caminar y a quien recostaron a las afueras de la entrada de la agencia. Aproximadamente a las 08:20 horas llegó la ambulancia de la Cruz Roja para prestarle primeros auxilios, pero para entonces el detenido ya había fallecido."

5. Tomando en consideración esta declaración, ¿qué hechos disputados en las declaraciones anteriores se repiten en este cuadro? Encuentra usted alguna relación de consecuencia entre las declaraciones anteriores y los hechos descritos aquí? ¿Puede emitir un juicio de valor sobre la credibilidad de los testigos de modo de otorgar un valor como prueba a esta declaración frente a las anteriores?
6. ¿Cree que se podría hacer otra pregunta para aclarar los hechos de la violación?

Considere el siguiente extracto:

El criterio de la probabilidad prevaeciente podría ser aplicado en su estado puro en el proceso en los casos en los que no se requiera la demostración de la aceptabilidad plena de la hipótesis sobre el hecho, sino que sea suficiente demostrar que aquella no es inaceptable o que tiene algún elemento de confirmación, no apto para fundar la hipótesis pero suficiente para atribuirle un mínimo de credibilidad (Taruffo, p. 302).

7. Teniendo en mente este enunciado, ¿podría usted discutir en qué sentido difiere la función de la función de la CDHDF de la Procuraduría general de justicia, de órganos sancionadores administrativos? ¿Qué consecuencias tiene este mismo enunciado cuando la labor de la Comisión busca evaluar el funcionamiento de algunos de estos órganos?

Y de el papel que juega el proceso de investigación en la CDHDF frente a otros órganos que establecen responsabilidades individuales en el ámbito penal, administrativo o civil.

8. ¿Qué tan frecuente es que la Comisión de derechos humanos sea la primera instancia a la que las personas acuden cuando consideran que uno de los derechos ha sido vulnerado? ¿En qué sentido puede decirse que la investigación de la Comisión es independiente frente a la de otros órganos dedicados al esclarecimiento responsabilidades, considerando que la investigación realizada por dichos órganos y contenían expedientes averiguaciones previas o procedimientos administrativos, forma una parte importante del acceso de la Comisión al información sobre los hechos del caso?
9. ¿Podría variar esta respuesta dependiendo del propósito de la investigación de la Comisión?







## AUTOEVALUACIÓN

1. Al referirse a la individualización de los hechos, Taruffo hace referencia a un grupo de causas y consecuencias de este proceso. Señale cuál no se encuentra en este grupo:
  - a) Descomposición cualitativa
  - b) Descomposición cuantitativa
  - c) Indeterminación del supuesto
  - d) La infinitud de posibilidades para definir un hecho
  
2. La teoría de la verdad relevante para la teoría de las pruebas en el texto de Taruffo:
  - a) No es la noción de verdad como correspondencia para la aplicación de los principios de la prueba
  - b) Es la teoría de MacCormick sobre la verdad consensual
  - c) Corresponde al teorema Bayesiano que es útil para determinar el grado de aceptabilidad de pruebas complejas
  - d) Corresponde a un criterio probabilística
  
3. Podemos predicar verosimilitud de un cuadro:
  - a) Sólo cuando se conoce la realidad a la que el cuadro se refiere
  - b) Cuando es cercano a la aserción respecto de la realidad que escribe
  - c) Seguimos la teoría de Calamandrei
  - d) Cuando este cuadro *corresponde* con el mundo como es



**4. El teorema de Bayes:**

- a) se basa la noción de verosimilitud
- b) fue diseñado para satisfacer los dilemas de la prueba jurídica
- c) es el medio de prueba preferido por Taruffo
- d) precisa la información estadística para determinar el grado de probabilidad del sujeto de prueba

**5. Según Taruffo, asignar un rango de aceptabilidad de las hipótesis de 0 a 1:**

- a) Nos priva de herramientas para hacer frente a la situación de prueba insuficiente
- b) Elimina los problemas de valorar elementos de prueba contradictorios
- c) Es eficaz para establecer el grado de credibilidad de los hechos secundarios
- d) Refleja de modo fiel la racionalidad que opera en la valoración de la prueba

**6. En el contexto de la teoría de la prueba, los hechos psíquicos:**

- a) Serán probados idealmente mediante el testimonio de un experto
- b) Son análogos a los hechos materiales
- c) Son susceptibles de transformación en hechos materiales
- d) Se resuelven mediante el uso de la prueba directa

**7. Los hechos jurídicamente relevantes:**

- a) Pueden determinarse con certeza sólo después de una decisión judicial
- b) Son los hechos del mundo en cuanto tal
- c) Deben siempre definirse según el lenguaje común y no según el lenguaje en los textos normativos
- d) Corresponden a la realidad empírica

**8. ¿Cuál de los siguientes puntos describe mejor las aparentes debilidades del teorema Bayesiano que han sido salvadas por otros proponentes de métodos estadísticos?**

- a) Existe la posibilidad de no contar con la información necesaria para hacer un análisis probabilístico en el caso concreto
- b) Los métodos probabilísticos no están diseñados para resolver casos concretos
- c) La determinación de la adhesión subjetiva a una hipótesis basada en la probabilidad en lo arbitrario
- d) Al análisis estadístico puede aplicarse la "lógica de la confirmación"

**9. Los conceptos abiertos o vagos:**

- a) No califican como hechos jurídicamente relevantes
- b) Presentan un problema para la valoración de la prueba que puede resolverse aplicando las nociones de conjuntos borrosos

- c) Son siempre susceptibles de ser transformados en una determinación precisa
- d) Son un elemento de arbitrariedad en los sistemas jurídicos, por lo que deben eliminarse

10. Sobre la definición de los hechos jurídicamente relevantes, ¿cuál de los siguientes es afirmado por Taruffo?

- a) Identificación valorativa
- b) Identificación positiva
- c) Inferencia en cascada
- d) Inferencia convergente



## MÓDULO III

# Argumentación e interpretación jurídica

### OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Comprender el significado, la diferencia y la complementariedad que existe entre interpretar, aplicar y argumentar.
- Ubicar y entender las técnicas interpretativas y argumentativas que deben emplearse para incrementar el valor lógico y jurídico de las resoluciones en materia de derechos humanos.
- Adquirir los elementos necesarios para crear convicción en torno a una posible violación a los derechos humanos.
- Saber utilizar los principios y las características de los derechos humanos para la interpretación de las normas nacionales e internacionales en materia de derechos humanos con el fin de lograr la protección más amplia de la persona.





## SÍNTESIS

### Interpretación

Según Ricardo Guastini, la expresión *interpretación* puede referirse a dos aspectos: a una actividad interpretativa o al resultado o producto de esa actividad (Guastini, p. 409).

1. *Actividad interpretativa*. Por ella es posible encontrar, por ejemplo, disposiciones legales que regulan la interpretación jurídica. Cuando se habla de la existencia de una *interpretación restrictiva*, a lo que se está haciendo referencia es al resultado de aplicar cierta *técnica de interpretación* (Guastini, p. 409).
2. *Producto de la interpretación*. El significado que se atribuye a un objeto interpretado será el resultado del proceso de interpretación (Guastini, p. 409).

En las ciencias sociales muchas cosas heterogéneas pueden ser objetos de interpretación.

#### *Objetos de la interpretación*

- a) *Interpretación de actos o comportamientos*. En ocasiones denota suponer o asignar significados a las acciones de las personas, o atribuirle un valor determinado a dichas acciones.
- b) *Interpretar acontecimientos históricos*. En algunas disciplinas históricas, para interpretar este tipo de acontecimientos comúnmente se hace referencia a que existe una posible relación de causa y efecto entre ciertos hechos.
- c) *Interpretación de un texto*. Cuando se intenta interpretar un texto, la interpretación consiste en atribuirle un sentido o significado a un determinado fragmento del lenguaje. En este caso habría que hacer distinción entre interpretar el significado de las palabras e intentar dar un significado a las intenciones del autor de dicho texto (Guastini, pp. 409 y 410).

La interpretación jurídica pertenece al género de la interpretación de los textos, y se utilizan diferentes expresiones para denominar a esta actividad: interpretación jurídica, interpretación del derecho, interpretación de la ley, etcétera.

La interpretación denota la intención de averiguar o de decidir el significado de un texto jurídico o el resultado del proceso mediante el cual se determina tal significado.

Es entonces que existe un gran problema para la filosofía jurídica: determinar si la interpretación jurídica sólo radica en averiguar un significado preexistente en los textos legales, o si el intérprete en realidad es quien decide atribuirles un significado.

En términos generales cuando se hace referencia a la interpretación de las fuentes del derecho (textos normativos y jurisprudencia de los tribunales, entre otros), la expresión *interpretación* significará clarificar el contenido o el campo de aplicación de las normas.

### Conceptos de interpretación jurídica

Es necesario precisar más las distintas maneras en que las y los juristas suelen emplear el concepto de interpretación jurídica.

#### *Un concepto restringido de interpretación*

Hay una idea que está sumamente arraigada en la conciencia de muchos abogados, la cual refiere que un texto sólo debe interpretarse si su significado es oscuro o discutible (Guastini, p. 412). De acuerdo con Guastini, el término *interpretación* significa la "decisión en torno al significado no de un texto cualquiera en cualquier circunstancia, sino (sólo) de un texto oscuro en una situación dudosa".

*Lo que es claro no debe ser interpretado* es lo que en conclusión señala este modelo de interpretación. Considerando esta idea, si un texto es claro y no deja lugar a dudas, no debe ser interpretado.

El modo de utilizar este concepto se fundamenta en las siguientes variantes:

1. Interpretación de formulaciones normativas con significado claro y con significado confuso. Al distinguir a las formulaciones normativas claras y no controvertidas y a las formulaciones normativas que tienen un significado confuso o poco claro, la interpretación sólo podría verificarse en las segundas.
2. Interpretación de formulaciones normativas con supuestos bien definidos y supuestos que determinan dudas sobre si procede o no aplicar determinada norma. Otro campo de la interpretación jurídica. Es importante señalar que hay ciertos supuestos de hecho que pueden generar dudas sobre si la norma debe o no aplicarse a un caso en específico. De esta manera existen tres posibilidades:
  - a) Supuestos de hecho que *con seguridad recaen* en el ámbito de aplicación de las normas;
  - b) Supuestos de hecho que *con seguridad no recaen* en el ámbito de aplicación de las normas, y
  - c) Supuestos de hecho que *generan dudas sobre si debe o no* aplicarse una norma jurídica.

A los dos primeros casos se les denominan casos fáciles o claros, mientras que a los segundos se les consideran como difíciles o dudosos (Guastini, p. 412).

De acuerdo con este esquema, sólo se aplicaría la interpretación en casos difíciles, y podría sostenerse que en aquellos casos fáciles no es necesario argumentar o justificar una decisión porque se considera como verdadera al no tener que interpretarla.

### *Un concepto amplio de la interpretación*

En contrapartida existe un concepto amplio de interpretación que se emplea para reconocer como interpretación a "cualquier atribución de significado a una formulación normativa" (Guastini, p. 413).

Con base en lo anterior, cualquier texto, sea claro o confuso, requiere ser interpretado. Es decir, la interpretación no sólo se aplica a los casos difíciles, sino también a los casos fáciles. La siguiente afirmación resumiría dicha concepción en: "La interpretación es el presupuesto necesario para la aplicación [de las normas]" (Guastini, p. 413).

### *Interpretación y traducción*

La expresión *traducir* significa reformular un texto en una lengua diversa de aquella en la que fue realizado originalmente. Así, en el ámbito del derecho, la interpretación "es una reformulación de los textos normativos de las fuentes" (Guastini, p. 414). De esta manera se está ante una reformulación de un enunciado que es equivalente al texto que se interpreta.

De acuerdo con Guastini, se debe distinguir cuidadosamente el texto traducido de su traducción, por ello señala que es inapropiado designar indiferentemente como *norma* tanto al texto interpretado como al resultado de la interpretación (Guastini, p. 414).

### *Propuestas doctrinales bajo los dos conceptos de interpretación*

Cabe señalar que existen consecuencias al asumir cualquiera de las posturas descritas. Quien adopta la idea de que la interpretación sólo existe en casos difíciles tiene que dejar de lado el componente de voluntad o de decisión del intérprete.

Dicho en otras palabras, sólo cuando el intérprete se encuentra frente a una disposición "oscura", la atribución de su significado requerirá que éste realice elecciones o decisiones (es decir, deberá elegir entre diferentes significados posibles), mientras que cuando se encuentre frente a un enunciado "claro" su actividad será más de tipo cognoscitiva (de descubrir o comprender un significado preexistente).

La claridad de un texto sólo se determina cuando se lee, es decir, existe ya una primera interpretación con la cual se asigna o intenta asignar un sentido a sus términos. De lo anterior se concluye que la claridad puede ser objeto de controversia, pues ningún texto es claro u oscuro por sí mismo.



Quienes adoptan el primer significado de interpretación tienden a identificar los textos legislativos y las normas, pues todo fragmento de texto expresa una norma. Por el contrario, quienes asumen la segunda postura distinguen entre los textos legislativos y las normas; las normas son el significado de los textos legislativos.

### *Otros conceptos de interpretación*

- a) En ocasiones el término *interpretación* se utiliza para señalar el conjunto de trabajos de las y los juristas el cual, además de la interpretación, incluye otras operaciones como la identificación de las fuentes del derecho y la sistematización jurídica. Esta última actividad abarca tanto la integración del derecho que posibilita colmar lagunas jurídicas, como la solución de antinomias y la exposición coordinada (sistemática) de la disciplina jurídica de una materia.
- b) La interpretación también se emplea para denominar a *un tratamiento de los textos jurídicos* que se perciben como *incorrectos o manipulatorios*, con lo que se pretende eludir la norma, alterando o falseando su significado, para evitar las consecuencias. La opinión con respecto a esta interpretación es que cuando la ley es clara resulta dañoso interpretarla.
- c) De manera errónea el término *interpretación* también se utiliza como sinónimo de *aplicación*, particularmente cuando se hace referencia a la actividad judicial.

### *Interpretación vs. aplicación*

- La interpretación puede aludir a cualquier sujeto, en tanto que la aplicación sólo concierne a quienes se desempeñan en los órganos de aplicación (jueces y funcionarios administrativos). Una o un jurista o ciudadano interpreta mientras que una o un juez interpreta y aplica.
- La interpretación tiene como objeto textos normativos; en cambio, el objeto de la aplicación son, en sentido estricto, las normas. La aplicación presupone a la interpretación.
- La aplicación, referida principalmente a los órganos jurisdiccionales, alude a un conjunto de operaciones que incluyen tanto la interpretación como la calificación de un supuesto de hecho concreto o la decisión específica de una controversia.

## **Los enunciados interpretativos**

La interpretación es una actividad mental que estrictamente no podría ser sometida a un análisis lógico sino, en todo caso, psicológico; sin embargo, al lograr el primer propósito se le puede considerar como una actividad discursiva puesto que su resultado es un producto literario: la interpretación es el discurso del intérprete.

Dicho discurso se conforma por enunciados que dan un significado al discurso de las fuentes y por enunciados que constituyen argumentos que justifican la interpretación elegida por el autor.

Los enunciados que dan significado a un texto normativo se denominan *enunciados interpretativos*: "*T* significa *S*". *T* es un texto del discurso de las fuentes (como es una cita textual está entre comillas) y *S* es el significado que el intérprete ha dado a ese texto.

La *disposición* es todo enunciado perteneciente a una fuente de derecho, mientras que la norma es el significado de esa disposición (que depende de la interpretación). Así, la disposición es el objeto de la interpretación y la norma es su resultado.

#### *Dos usos de los enunciados interpretativos*

- a) Un enunciado interpretativo puede utilizarse para hacer una interpretación en sentido estricto o con el fin de dar un significado a un texto normativo. Es denominado como *discurso interpretativo* porque le asigna, atribuye o confiere significado a un texto. Este uso se identifica con la *definición estipulativa* que propone que un vocablo sea usado de un cierto modo y es el acto de definir en sentido estricto.
- b) Un enunciado interpretativo puede utilizarse para hacer referencia a una interpretación (de otros), es decir, para transmitir una información en torno al significado que ha sido atribuido por otros al texto en cuestión. Este enunciado también es llamado *discurso descriptivo de interpretaciones* porque destaca que un hecho ha sido interpretado de cierto modo por alguien. Este uso se identifica con la *definición lexical*, que es aquella donde se describe el modo en que un vocablo ha sido utilizado por alguien; dicha actividad, más que definir, consiste en describir y esta descripción puede ser verdadera o falsa.

### **Teorías de la interpretación jurídica**

En la doctrina jurídica existen tres teorías de la interpretación: cognitiva (o formalística), escéptica y una intermedia entre estas dos. En este caso la teoría es un discurso sobre lo que se considera que es la interpretación (la cual es distinta a las doctrinas que determinan lo que *debe ser* o los métodos que se deben utilizar para interpretar) y todas contienen una noción sobre la discrecionalidad del juez.

#### *Teoría cognitiva de la interpretación*

Sostiene que la interpretación es una actividad cognoscitiva a través de la cual se verifica empíricamente el significado objetivo (propio) de los textos normativos o la intención subjetiva de sus autores. Por ello, los enunciados de los intérpretes pertenecen al discurso descriptivo y puede comprobarse su verdad o falsedad. Esta interpretación considera que las palabras poseen un sentido intrínseco (es decir, independiente del uso que se les da) o que las autoridades normativas poseen una voluntad *unívoca* que todos reconocen; la única tarea consiste en descubrir ese significado.

Considera, además, que el sistema jurídico es completo y coherente, y por ello cualquier controversia recae invariablemente sólo en una norma jurídica. No hay espacio para la discrecionalidad de una o un juez; todas están determinadas por normas preexistentes, y las y los jueces no crean sino que encuentran el derecho. Prevalece el principio de separación de poderes, y la o el juez está sujeto a la ley.

Esta teoría fue difundida por la corriente dogmática iuspositivista del siglo XIX y, aunque está desacreditada, persiste en el estilo argumentativo de la motivación en las cortes de justicia.

### *Teoría escéptica de la interpretación*

Concibe a la interpretación como una actividad de valoración y de decisión (no de conocimiento). Las palabras no tienen un significado propio sino que adquieren aquel que les incorpora quien las emite o quien las usa, pudiendo variar su sentido entre uno y otro.

Las distintas interpretaciones dependen de las diversas posturas valorativas que le otorgan las y los intérpretes, por lo que no es posible admitir la existencia de una *voluntad colectiva* de los órganos colegiados. Los enunciados de la interpretación proponen que se asigne un sentido al texto normativo, lo cual no puede evaluarse en cuanto a su verdad o falsedad. Contrario a la teoría cognitiva de la interpretación, el sistema jurídico no está completo ni coherente, ni las y los jueces crean el derecho; por lo tanto, no hay una clara diferenciación entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo.

A esta teoría la sostiene principalmente el realismo jurídico (americano, escandinavo e italiano); el problema es que no atiende a los vínculos (circunstancias culturales) ni a los límites a los que están sujetos las y los jueces.

### *Teoría intermedia*

Establece que la interpretación algunas veces es una actividad cognoscitiva y otras más es una actividad de decisión discrecional. Destaca la "textura abierta" del derecho (su vaguedad e indeterminación). También señala que en todo texto normativo se puede advertir un "núcleo esencial" con claridad y, en torno suyo, una "zona de penumbra".

Es así que para toda norma existen "casos fáciles", porque es sencillo saber si recaen en su campo de aplicación y el intérprete "descubre" o describe el significado del texto normativo (implícito en el "núcleo esencial"); y "casos difíciles", donde es controvertido saber si está o no dentro de su campo de aplicación, están en la "zona de penumbra" y es necesario ejercer discrecionalidad para resolver la controversia, por lo que el intérprete "adscribe" o decide el significado para el texto. En este último caso las decisiones de las y los jueces no están controladas de manera absoluta por normas preconstituidas, pero tampoco tienen completa libertad para actuar.

Aunque la distinción que establece esta teoría parece muy nítida, lo cierto es que la o el juez es quien ejerce la discrecionalidad para decidir si un caso cae en la "zona de penumbra" o en el "núcleo esencial".

### *Variedad de juegos interpretativos*

Las tres teorías mencionadas soslayan el que pueda haber varios *juegos interpretativos* que se rigen por reglas propias. La o el juez asumirá una postura de fidelidad a la ley, en tanto que la o el abogado lo hará en beneficio de su cliente; el primero se pregunta cuál será el verdadero significado de la ley o cuál fue la intención del legislador, en tanto que el segundo se cuestiona cómo manipular la ley a su favor, incluso si pretende cumplirla.

## Variedad de intérpretes

Pueden distinguirse distintos tipos de intérpretes entre las siguientes formas de interpretación:

- a) *Interpretación auténtica*, es la que realiza la o el autor del texto que se interpreta; en el caso de la ley sería la o el propio legislador, con fundamento en una ley de interpretación auténtica (ley interpretativa).
- b) *Interpretación oficial*, es la que lleva a cabo un órgano del Estado en ejercicio de sus funciones.
- c) *Interpretación judicial (jurisprudencial)*, es la que realiza el órgano jurisdiccional.
- d) *Interpretación doctrinal*, es la que elaboran las y los juristas, principalmente en obras académicas.

### *Diferencias entre la interpretación doctrinal y la judicial*

- a) Se distinguen por su fuerza. La doctrinal puede ser entendida como una "recomendación" dirigida a las y los jueces (propuesta de *sentencia ferenda*). Las propuestas de las y los juristas pueden influir en las orientaciones jurisprudenciales, pero éstas no tienen efectos jurídicos por sí solas. La interpretación judicial, por el contrario, es una "decisión" que sí posee efectos jurídicos.
- b) La interpretación doctrinal está "orientada a los textos", se pregunta sobre sus significados en abstracto; en cambio, la interpretación que respecto al texto normativo realizan las y los jueces la "orientan a los hechos". La o el juez no puede limitarse a una interpretación textual; requiere también interpretar las fuentes y calificar el supuesto de hecho, previa verificación del mismo.

## Tipos fundamentales de interpretación

Ricardo Guastini identifica dos tipos de interpretación: literal o declarativa, y correctora (Guastini, p. 431).

Las dos interpretaciones son excluyentes entre sí (subsiste una u otra); son exhaustivas (toda interpretación es o literal o correctora); una se define por oposición a la otra; una es primaria (la literal o declarativa) y la otra es secundaria y, por lo tanto, es dependiente de aquélla.

### *Interpretación declarativa*

La primera connotación de este concepto señala que se trata de una interpretación que "atribuye a las disposiciones normativas su significado 'propio'" (Guastini, p. 431). Dicha connotación es incorrecta porque afirma indirectamente que las palabras poseen un significado o sentido intrínseco, sin importar los usos que se les den.

Por lo anterior, es más conveniente definir a la interpretación declarativa como aquella por la que "se atribuye a una disposición su significado 'literal'" (Guastini, p. 432), que es el más inmediato y el cual se desprende del uso común de las palabras. Este significado es más flexible, aunque también puede implicar problemas porque no es posible establecer el sentido literal de los términos (es decir, es un ejercicio subjetivo que depende de las habilidades y de las competencias que tenga cada persona).

También hay una discusión en cuanto a que los términos *literal* y *declarativo* no deben usarse como sinónimos porque son distintos: el primero refiere al significado exacto de las palabras; y el segundo, al significado que le ha querido dar la o el legislador (Guastini, p. 432).

Existen dos argumentos que están a favor de este tipo de interpretación.

*Argumento del lenguaje común.* En virtud de que esta interpretación recurre al uso común y cotidiano de las palabras –debe tenerse presente que éste no es unívoco y que también se modifica dependiendo del contexto en el que se realiza– también debe considerarse que las expresiones lingüísticas no son de un solo tipo, y al respecto el autor menciona algunos grupos (Guastini, pp. 432-434):

- a) Expresiones pertenecientes al lenguaje ordinario, que se registran en los diccionarios y aparecen varias para una misma palabra.
- b) Expresiones del lenguaje ordinario que se han tecnificado en el discurso jurídico, adquiriendo un sentido distinto al que tenían originalmente. Es posible hallarlas en los textos normativos, y un mismo término también puede tener distintos significados.
- c) Expresiones del lenguaje técnico, que no se usan generalmente en el lenguaje ordinario; su significado es establecido por los especialistas de cada disciplina.

*Argumento a contrario como argumento interpretativo.* Indica que la o el legislador dijo lo que quiso decir y aquello que no dijo es porque simplemente no quería decirlo. Es una presunción sobre la intención de la o el legislador con respecto al texto normativo y se utiliza para evitar que un texto se interprete de manera amplia, más allá de lo que expresa literalmente. Esto no evita que el texto sea interpretado de forma restringida (Guastini, p. 434).

- a) *Argumento a contrario como argumento productor.* Es aquel que además de utilizarse para sostener una *elección interpretativa*, puede aducirse para producir o crear una nueva norma. Esto sucede cuando se afirma que en caso de darse un supuesto se producirá determinada consecuencia jurídica, por lo tanto se excluye la posibilidad de que si surge un supuesto distinto se pueda producir la misma consecuencia. El autor lo expresa del siguiente modo: "si  $F_1$ , entonces G" a contrario "si  $F_2$ , entonces no G". La segunda expresión que no existía es una norma creada a partir de la interpretación *a contrario* de la primera que sí existía (Guastini, pp. 434 y 435).
- b) *Argumento a contrario y lagunas del derecho.* Retomando la explicación del inciso anterior, este tipo de argumento sirve para colmar las lagunas del derecho porque con base en él se considera que en los casos en que la o el legislador no se pronunció hay una norma implícita en sentido contrario. El autor señala que mediante este argumento también se pueden crear lagunas en el derecho, cuando se considera sólo como una *elección interpretativa* (Guastini, p. 436).

### *Interpretación correctora en general*

Una forma de concebir a esta interpretación es como una desviación del sentido "propio" u original de las palabras, por eso se afirma que se corrige la voluntad de la o el legislador; sin embargo, esta connotación pierde validez si no se admite que las palabras tienen un significado propio. Por esa razón el autor define como interpretación correctora a cualquier tipo de interpretación del texto normativo que no se refiera a su significado literal sino a uno *distinto* de éste (Guastini, p. 437).

Un significado distinto al literal es forzosamente o más amplio o más restrictivo.

*Argumentación de la interpretación correctora.* Se caracteriza porque desacredita la interpretación literal; es de tres tipos (Guastini, pp. 438 y 439):

- a) Argumento que apela a la voluntad, intención u objetivos de la o el legislador (también llamado lógico, psicológico o teleológico), denominada *ratio legis*. Se intenta demostrar que no es factible hacer una interpretación literal porque la voluntad, intención y objetivos de la o el legislador eran distintos, aunque también se puede utilizar para invocar la aplicación de una norma.
- b) Argumento que apela a la "supuesta" razonabilidad de la o el legislador (llamado "apagógico"), demostrando que si se interpreta de manera literal se llegaría a una conclusión absurda y es un hecho que la o el legislador no formula normas absurdas o que lleven a resultados de esa naturaleza. La calificación de absurdo, desde luego, es subjetiva.
- c) Argumento que apela a la naturaleza de las cosas (denominado *naturalístico*), es decir, a los cambios en las circunstancias, con lo que se pretende que no se haga una interpretación literal, porque ya no se ajusta a la realidad.

*La intención del legislador.* Este argumento requiere de un análisis independiente porque presenta dos variantes distintas (Guastini, p. 439):

- a) En la primera, la intención se identifica con la voluntad del legislador histórico, que es la persona que participó directamente en la elaboración y aprobación de la ley. Para hallarla sólo se puede acudir a los "trabajos preparatorios".
- b) En la segunda variante, esa intención se identifica con algo más abstracto, la *voluntad de la ley*, la *ratio legis*. Se debe acudir sólo al texto de la ley y quizá a las circunstancias sociales que le rodearon, pero no a los "trabajos preparatorios" porque éstos reflejan opiniones subjetivas de las y los legisladores, pero no la voluntad de la ley.

### *Interpretación extensiva*

Es una interpretación que extiende el significado literal de los términos, incluyendo los supuestos de hecho; en ocasiones se puede confundir con la creación de una norma nueva porque entre esta última y aquella sólo hay una diferencia de grado (Guastini, p. 440).

Los argumentos que sustentan la interpretación extensiva son dos principalmente y son parecidos (Guastini, p. 441):

*Argumento a fortiori.* De acuerdo con este razonamiento, una determinada norma jurídica se aplica a un supuesto de hecho y produce cierta consecuencia jurídica, pero surge otro supuesto de hecho que con mayor razón merece que se aplique esa norma y se produzca la consecuencia. Se crea, a partir de una formulación existente, una nueva norma (en esto es parecida al argumento *a simili*) (Guastini, p. 444). Este argumento tiene dos variantes según el tipo de disposiciones que se pretendan interpretar:

- a) Disposiciones subjetivas ventajosas, como podrían ser los derechos. En este supuesto toma la forma del argumento *a majori ad minus*. El autor señala como ejemplo que cuando se permite establecer un interés de 20%, con mayor razón se permite ponerlo de 10% (Guastini, p. 445).
- b) Disposiciones subjetivas desventajosas, como es el caso de las obligaciones. Asume la forma del argumento *a minori ad majus*. Guastini menciona el caso en que si se prohíbe tener animales en la casa, con mayor razón se prohíbe tener un tigre (Guastini, p. 445).

*Argumento a simili o analógico.* Conforme a éste se considera que si un supuesto de hecho produce determinada consecuencia jurídica por la aplicación de una norma, en un supuesto similar se debe aplicar la misma norma y, por ende, se debe producir la misma consecuencia jurídica (Guastini, p. 441). En teoría tendría que demostrarse que la analogía entre uno y otro supuesto es esencial y no accidental, es decir, que su *ratio* (razón por la que fue dispuesta la norma) es la misma (Guastini, p. 443). Lo anterior conduce a buscar el principio que justifica la norma (Guastini, p. 443). Debido a sus características este argumento sirve para sostener la creación de una nueva norma y, conforme lo señala el autor, es más un argumento productivo que un argumento interpretativo.

Estos argumentos se pueden invocar tanto en el supuesto de que la o el intérprete desee reconducir un supuesto hacia cierta norma, como porque considere que es más justa; pero también porque la o el intérprete estime que de no hacerlo así, puede surgir una laguna en el derecho. Ambos argumentos presuponen algo respecto a la razón de la ley (*ratio legis*), aunque en el segundo caso se exija cumplir con un elemento de semejanza.

### *Interpretación restrictiva*

Es la interpretación que restringe o circunscribe el significado literal, y excluye algunos supuestos de hecho que, de llevarse a cabo ésta, se encontrarían dentro del supuesto. Para justificar este tipo de interpretación se utiliza un argumento que el autor llama "de la disociación" (Guastini, p. 445), el cual consiste en introducir en el discurso una distinción que la o el legislador no ha señalado para reducir el campo de aplicación de una norma sólo a unos supuestos (Guastini, p. 449). Existen dos razones para llevarla a cabo: que la o el intérprete desee reconducir un supuesto a una norma distinta (de la que está en cuestión) para satisfacer su sentido de justicia; o para reconducir el supuesto hacia otra norma porque, de no hacerlo, surgiría una antinomia (Guastini, p. 445). En este caso, además, se acude al *dogma de la coherencia del derecho*, pues se invoca esa interpretación justamente porque se considera que el derecho es o debe ser coherente.

El argumento de la disociación es muy recurrido pero ha sido poco estudiado en las teorías de la argumentación; Ricardo Guastini propone el siguiente ejemplo: el Código Civil señala que "el error es causa de anulación del contrato cuando es esencial y reconocible por la otra parte", salvo que se trate de un error bilateral (si ambas partes se equivocan el acto es anulable aunque no se reconozca). Debido a que el legislador no distinguió entre error unilateral y bilateral, el intérprete sí lo hace y subdivide la clase de errores (disocia) (Guastini, p. 446). La conclusión es que esa disposición se refiere sólo a los errores unilaterales, pero no a los bilaterales (los excluye), restringiendo así el significado de la norma (Guastini, pp. 446 y 447).

### Otras técnicas de interpretación correctora

Algunas técnicas no están dirigidas para justificar una interpretación extensiva o correctiva, sino que pueden justificar una u otra. El autor destaca entre éstas a la interpretación sistemática y dentro de ella a la interpretación adecuada (Guastini, p. 449).

*Interpretación sistemática* es aquella que deduce el significado de una norma jurídica de su colocación en el "sistema" de derecho, unas veces en su conjunto y otras en un subsistema del mismo. El sistema generalmente se considera coherente y completo. Cuando se lleva a cabo esta interpretación se atiende al contexto en que se sitúa respecto de las otras normas. En ocasiones esta argumentación incorpora diversas operaciones interpretativas que son distintas entre sí (Guastini, pp. 450-453):

- a) Interpretación sistemática que combina varios fragmentos normativos para integrar una sola, a la que se le llama *combinado de disposiciones*.
- b) Interpretación sistemática que se apoya en el argumento de la *sedes materiae*; conforme al cual la norma se debe interpretar en un sentido y no en otro por la posición que tiene en el discurso legislativo.
- c) Interpretación sistemática que consiste en recurrir a la presunción de que en el lenguaje legislativo existe *constancia terminológica*, dando por hecho que la o el legislador usa cada término siempre con el mismo significado y si usa palabras distintas no pueden tener el mismo significado.
- d) Interpretación sistemática que consiste en afirmar que todo término legislativo recibe un significado particular, según el contexto en el que está situado (por ende es contraria a la interpretación anterior). Los términos cambian su significado.
- e) Interpretaciones sistemáticas que dependen de construcciones dogmáticas preconstituidas que el intérprete proyecta sobre el texto normativo *ab extra* (desde fuera) (Guastini, p. 452). Guastini señala, como ejemplo, que el ordenamiento constitucional italiano considera que el gobierno debe gozar sólo de la confianza parlamentaria y no también de la del jefe del Estado (esta tesis podría sostenerse porque, conforme al artículo 94 de dicho ordenamiento, "el gobierno debe tener la confianza de las dos Cámaras"); esta disposición se interpreta generalmente con base en que la doctrina constitucional considera al presidente de la república como un *poder neutro* con funciones de equilibrio entre poderes.
- f) Interpretaciones sistemáticas que surgen para evitar antinomias, con principios como el de *lex specialis derogat legi generali*, y la *interpretación adecuada* (Guastini, pp. 452 y 453).

En cuanto a esta última se pueden distinguir dos tipos:

- Interpretación adecuada que adapta una disposición al significado (previamente establecido) de otras disposiciones de rango superior (jerárquica o estructural). Ejemplo de ello son las sentencias interpretativas de la Corte Constitucional, por cuanto adaptan las normas secundarias al texto constitucional, o cuando se interpreta una ley regional conforme a las leyes estatales (Guastini, p. 453). Esta interpretación procura conservar la validez de las normas jurídicas.
- Interpretación adecuada que adapta o adecua el significado de una disposición a un principio general o fundamental del derecho (previamente establecido). Un principio no necesariamente tiene un rango superior al de la disposición que se interpreta, sino sólo en un sentido axiológico. Como ejemplo el autor cita el principio de *no irretroactividad de la ley* (Guastini, p. 454).



Este tipo de interpretación puede conducir tanto a una interpretación restrictiva como una extensiva, como en el caso de los principios que se aplican en beneficio de la persona.

- g) Interpretaciones sistemáticas para colmar lagunas del derecho, mediante la aplicación analógica y el uso de principios (Guastini, p. 453).

### *Interpretación histórica e interpretación evolutiva*

Se trata de una interpretación que no se acomoda a la relación de oposición entre la interpretación declarativa contra correctiva. Para definirla el autor distingue los significados que una disposición puede asumir: un significado es el que se le atribuyó en la época en que se creó; otro es el que puede adquirir al momento en que se interpreta. A esta distinción corresponde la diferencia entre las técnicas interpretativas (Guastini, pp. 456 y 457):

*Histórica.* Es cuando se recurre al significado que tuvo la disposición en el momento en que se creó. En virtud de que los conceptos cambian su sentido de acuerdo con las circunstancias políticas, sociales y económicas, será diferente este significado del que se le pueda dar a la misma norma en años posteriores.

*Evolutiva.* Constituye el significado que se le da a una disposición al momento de interpretarse, por lo que es distinto al que tuvo originalmente. Esta interpretación es correctiva porque intenta adaptar el contenido normativo a un contexto actual y, por lo tanto, no atiende a la voluntad de la o el legislador; su justificación radica en que las circunstancias históricas cambian y, por lo tanto, también se debe modificar el sentido que se les da. Al igual que la interpretación adecuadora, ésta puede llevar tanto a la aplicación de una norma de manera restrictiva como a la extensiva y generalmente se recurre al dogma de la integridad del derecho.

## **Perspectivas de análisis del derecho**

El derecho es un fenómeno complejo que puede contemplarse desde diferentes perspectivas.

*Perspectiva o enfoque estructural (normativismo jurídico).* Intenta encontrar o identificar los elementos que componen al denominado *edificio jurídico*, es decir, pretende describir al derecho como es, sin intentar explicar cómo debería ser.

*Perspectiva o enfoque sociológico.* No observa al derecho sólo como un lenguaje, una normatividad o simplemente reglas, sino como una realidad social. En este enfoque es relevante identificar las funciones del derecho, su finalidad, así como los resultados que de hecho produce.

*Perspectiva o enfoque valorativo.* Intenta mostrar lo que debería ser el derecho, cuáles son los requisitos del derecho justo (Atienza, pp. 459 y 460).

*El enfoque argumentativo.* Esta perspectiva observa al derecho como un intento, una técnica para la solución de determinados problemas de índole práctico. Se trata de una visión instrumental, pragmática y dinámica del derecho que presupone, utiliza y da sentido a los otros enfoques. Esta perspectiva conduce a determinar al derecho como argumentación (Atienza, p. 460).

La intervención del derecho en el conflicto social está presente en diferentes momentos:

*Intervención del derecho en la instancia legislativa.* Permite ofrecer razones que sostienen que determinada propuesta de reformas a la ley conduce a la mejor forma de combatir al fenómeno. Sin embargo, las decisiones que se plantean en los foros legislativos difícilmente se pueden observar como indiscutibles, por lo que generalmente se dan razones a favor o en contra de las propuestas planteadas.

*Intervención del derecho en la instancia judicial.* En un Estado de derecho difícilmente las y los jueces pueden tomar decisiones simple y puramente decidiendo los casos; es necesario que motiven sus decisiones y muestren las razones por las que éstas se justifican.

En este sentido, ante la complejidad del fenómeno jurídico, es necesario recurrir a especialistas, a expertos en el ámbito del derecho que auxilian a quienes producen y aplican las normas. La labor de las y los abogados en su núcleo consiste en argumentar y en proponer razones (Atienza, p. 461).

### *La función de la argumentación*

La función básica de la argumentación consiste en suministrar argumentos. Desde la función de la o el abogado litigante hasta la decisión de la o el juez, o la elaboración de las y los teóricos (dogmática) es necesario argumentar.

Por ello, es preciso contar con una visión de conjunto y con una teoría que sea capaz de considerar todo el panorama, así como de guiar el funcionamiento del sistema. Este tipo de filosofía del derecho puede incorporarse a la teoría de la argumentación jurídica.

### *Explicar y justificar*

Es necesario distinguir entre las decisiones que se adoptan ante un problema práctico y las razones en que se justifica tal decisión. En la práctica jurídica la argumentación tiene una relevancia especial y ello se hace más evidente en el marco del Estado constitucional de derecho.

Para explicar una decisión se debe mostrar cuáles son las causas que la motivaron. Justificar una decisión implica ofrecer razones que exponen el carácter aceptable o correcto de la decisión.

Aunque es posible explicar una decisión sin justificarla, la exigencia fundamental en una sociedad democrática es que aquellos órganos que toman decisiones públicas justifiquen sus decisiones: el razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento práctico, no está dirigido a explicar sino a justificar decisiones.

En muchas ocasiones las operaciones de explicar y justificar pueden entrecruzarse, de tal manera que la decisión varias veces se explica porque se considera justificada de acuerdo con el derecho (Atienza, p. 463).

### *La justificación como fenómeno reciente*

La motivación es un fenómeno reciente que se inicia con las revoluciones liberales del siglo XVIII y se acelera con la segunda Guerra Mundial. La primera forma de la motivación es de carácter *endoprocesal*, ya que las sentencias permiten a las partes en un proceso preparar su impugnación.

Sin embargo, con el desarrollo de los Estados constitucionales, la motivación adquirió un cariz *extraprocesal* o político, ya que se ubica como una forma de controlar democráticamente el poder de las y los jueces (Atienza, p. 463).

En el *Common Law*, el precedente judicial sólo puede funcionar si la razón en la que se basa se formula de manera explícita. En el Estado de derecho la justificación de las decisiones no se basa sólo por la autoridad que las ha dictado, sino por el procedimiento seguido y por su contenido. Es el sometimiento del poder a la razón.

### *Argumentación, líneas argumentativas y argumentos*

En principio, argumentar o razonar es una actividad que consiste en ofrecer razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar. La argumentación puede ser una tarea compleja y estar compuesta por un elevado número de argumentos parciales que se encuentran conectados entre sí (Atienza, p. 464).

#### *Caso práctico: Sentencia del Tribunal Constitucional Español sobre técnicas de reproducción asistida*

*Argumento 1. Forma de la Ley:* En lo general la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (LTRA) no vulnera la exigencia constitucional que dispone que toda ley que regule cierto tipo de derechos fundamentales debe tener el carácter de ley orgánica (en España, una ley orgánica requiere ser aprobada por mayoría absoluta por el Congreso).

Ello podría justificarse de la siguiente manera:

- A. El artículo 15 de la constitución española señala que "todos tienen derecho a la vida".
  - B. La expresión "todos" contenida en el artículo 15, en realidad se refiere a "todos los nacidos".
  - C. La Ley de Técnicas de Reproducción Asistida no desarrolla el derecho fundamental a la vida.
    - C1. La ley regula técnicas de reproducción referidas a momentos previos al de la formación del embrión humano.
- Por lo tanto,  
La Ley de Técnicas de Reproducción Asistida no requiere tener el carácter de ley orgánica.

Además del argumento analizado podrían plantearse otros más en relación con otras cuestiones, de esta manera se tendría lo siguiente:

*Argumento 2.* La decisión de la mujer de suspender un tratamiento de reproducción asistida no afecta el derecho a la vida, ya que no supone admitir un nuevo tipo de aborto en virtud de que la decisión puede tomarse hasta el momento en que se haya producido la transferencia de embriones.

*Argumento 3.* Que la fertilización de cualquier mujer con independencia de que el donante sea el marido o el hecho de no estar vinculado con ella matrimonialmente no vulnera el núcleo de la institución familiar, "ya que la familia en sentido jurídico no coincide necesariamente con la familia 'natural'".

Todos esos argumentos intentan demostrar que la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida no es inconstitucional. Inician planteando el problema de una probable inconstitucionalidad para concluir sobre el particular.

Debe distinguirse entre la argumentación en su conjunto y las distintas líneas argumentativas utilizadas para justificar el fallo en su conjunto.

Una empresa argumentativa significa aceptar que un problema que está siendo analizado puede ser resuelto por razones que se materializan a través del lenguaje, ya sea oral o escrito.

*Argumentar* significa renunciar al uso de la fuerza física o a la coacción psicológica como medio para la resolución de conflictos.

Deben distinguirse como componentes: *a)* las premisas, y *b)* la conclusión (Atienza, p. 466).

### *Tres concepciones de la argumentación*

Existen tres concepciones sobre la argumentación: la formal, la material y la dialéctica.

*La concepción formal.* Es característica de la lógica. Su propósito es inferir las conclusiones que se sigan de las premisas. No se preocupa de la verdad de las premisas, sino de la validez de los pasos que van de la premisa a la conclusión. Si las premisas son verdaderas, la conclusión será verdadera.

Por ejemplo:

- A. Está prohibido investigar con preembriones humanos que sean viables.
- B. Los embriones crioconservados sobrantes en un tratamiento de fertilidad que no tengan defectos morfológicos genéticos son viables.  
Por lo tanto,
- C. Está prohibido investigar con embriones crioconservados sobrantes en un tratamiento de fertilidad que no tengan defectos morfológicos.

El anterior sería un ejemplo de un argumento válido, pero también podría ser válido el siguiente:

- A1. Está permitido investigar con preembriones humanos que no son viables.
- B1. Los preembriones crioconservados sobrantes en un tratamiento de fertilidad aunque no tengan defectos morfológicos o genéticos no son viables.

Por lo tanto,

C1. Está permitido investigar con los preembriones crioconservados sobrantes de un tratamiento de fertilidad.

Como puede apreciarse, ambos argumentos son lógicamente válidos. La lógica no se interesa por los argumentos en cuanto tales, sino que pretende controlar la corrección formal de éstos (es decir, el paso lógico de las premisas a la conclusión) (Atienza, p. 466).

*La concepción material de la argumentación.* Plantea un escenario distinto al de la concepción formal. Su idea fundamental sería establecer un proceso que permita dar buenas razones a favor o en contra de alguna tesis o práctica.

A diferencia de la concepción formal que busca regular el paso de las premisas a la conclusión, la concepción material de la argumentación pretende mostrar si existen o no razones para creer en algo o para realizar buenas acciones.

No basta con presentar al argumento de alguna forma válida, sino que es fundamental comprobar que las premisas en las que se basa son verdaderas o que suponen razones relevantes para apoyar la conclusión.

Como puede verse, el centro de la atención en esta concepción se desplaza de los aspectos formales (inferencia) a la verdad de las premisas.

En el ejemplo expuesto sobre la investigación con preembriones sobrantes en un tratamiento de fertilidad, en donde un argumento la permite y el otro la prohíbe, no basta con la corrección formal de los argumentos, sino que es preciso que las premisas enuncien algo verdadero o que se encuentren bien fundadas para apoyar la conclusión.

En este caso, se intentará advertir cuál de los dos conjuntos de premisas formuladas está mejor fundado y brinda un mayor apoyo a la conclusión respectiva (Atienza, p. 467).

*La concepción dialéctica de la argumentación.* Sostiene que dicha concepción se sitúa como una interacción que tiene lugar entre dos o más sujetos. La pregunta fundamental tiene que ver con cómo se puede persuadir a alguien de algo.

Mediante esta concepción se puede concebir una disputa en donde los participantes intercambian razones con el único propósito de esclarecerse mutuamente y de buscar la solución. La argumentación se encuentra sometida a reglas que regulan el comportamiento lingüístico y su finalidad es persuadir a un auditorio (Atienza, p. 468).

### *Buenos argumentos y argumentos falaces*

Las tres perspectivas de la argumentación pueden proporcionar criterios para determinar lo que se denomina una *buen argumentación*.

Así como es posible identificar los *buenos argumentos*, también se pueden identificar las denominadas *falacias*, es decir, los malos argumentos que parecen buenos. Pueden existir falacias formales, materiales o dialécticas, conforme infrinjan las reglas de la buena argumentación según cada concepción.

Una falacia formal podría ser el presentar a la conclusión de un silogismo como una consecuencia necesaria de las premisas, cuando no necesariamente ello sea cierto. Una falacia material podría consistir en dar razones que modifiquen el sentido de las premisas, asignando definiciones a las palabras que en realidad no tienen (rebasando los límites que las posibilidades de convención o acuerdo posibles en el significado de las mismas). Un ejemplo de falacia dialéctica sería aquel en donde se plantea a un interlocutor una consecuencia que vulnera las reglas de la discusión, y que a partir de una intencionalidad emotiva o distinta al análisis racional, se pretende advertir como una consecuencia indeseable de una determinada proposición.

No siempre es fácil identificar una falacia. En ocasiones es discutible si un argumento es o no falaz (Atienza, p. 469).

#### *Argumentación jurídica y argumentación judicial*

Las tres concepciones tienen un papel importante en la argumentación jurídica. Todo tribunal pretende que lo que sostiene en su sentencia resulte aceptable para la comunidad jurídica en particular y para los demás en lo general.

En el derecho no sólo importan los valores formales (la previsibilidad de la decisión y la seguridad jurídica), sino que también son relevantes los valores materiales (como la verdad y la justicia).

La necesidad de argumentar está presente en muchos ámbitos del derecho. Pero debe señalarse que la argumentación cobra especial relevancia en el campo de la argumentación judicial. Las y los jueces, a diferencia de las y los legisladores (cuyas decisiones se encuentran legitimadas por el voto popular), deben su legitimidad no al origen de su nombramiento (generalmente no son electos) sino que encuentran su legitimación en las razones que puedan expresar para justificar sus decisiones (Atienza, p. 472).

#### *Casos fáciles y casos difíciles*

En los casos fáciles suele decirse que la justificación de las decisiones judiciales es simplemente una cuestión de lógica (a la que también se le denomina justificación interna o justificación deductiva).

En dichos casos se parte de premisas que no son discutidas o discutibles, de ahí que no sea necesario presentar argumentos para justificarlas (como lo requiere la aplicación de la lógica material).

Sin embargo, en la labor de las y los jueces es posible advertir que muchos de los casos entrarían en la clasificación de los denominados "casos difíciles".

Según Neil MacCormick los casos pueden ser difíciles por diversas razones (MacCormick, 1978):

*Casos difíciles por razones normativas.* Pueden tener problemas de *i)* relevancia (cuando existen dudas sobre cuál es la norma que aplica al caso), o *ii)* problemas de interpretación (cuando existen dudas sobre cómo debe entenderse algún término de la norma en cuestión).

*Casos difíciles por razones de hecho.* Pueden tratarse de *i)* problemas de prueba (cuando existen dudas sobre si ha tenido lugar determinado hecho), o *ii)* Problemas de calificación (cuando se discute si un determinado hecho cae o no en el campo de aplicación de la norma).

Los casos difíciles pueden serlo si se combinan algunos de los problemas antes señalados. La argumentación jurídica tendrá distintas características según se traten de solucionar los problemas de hecho o de derecho. Los tribunales superiores generalmente ubican su discusión en el campo de la discusión normativa.

Así como en los casos fáciles la lógica (justificación interna) juega un papel fundamental también en los casos difíciles, aunque en estos últimos requiere, además, el esfuerzo de justificar las premisas de las que se parte (justificación externa). Para apoyar la validez de las premisas puede ser necesario acudir a las fuentes del derecho o a las reglas que indican el orden de aplicación de tales fuentes (Atienza, p. 473).

En la argumentación jurídica adquieren especial relevancia los siguientes criterios en que ésta debe basarse:

- a) Universalidad.* Indica que cuando se argumente una serie de razones en torno a un problema, siempre que se presenten las mismas circunstancias equivalentes deberá aceptarse la misma consecuencia.
- b) Coherencia.* La interpretación que se otorgue a la solución de un caso debe estar acorde a los principios y valores del sistema (Atienza, p. 474).

La adecuación de las consecuencias de una decisión debe evaluarse con base en una concepción como el utilitarismo de actos o de reglas.

### *Derecho y moral*

En ocasiones, la argumentación jurídica implica la utilización de criterios morales. Especialmente esto acontece en el marco de los Estados constitucionales, aunque debe señalarse que es de acuerdo con las reglas que el propio derecho establece.

La vinculación entre el derecho y la moral en un Estado constitucional no puede verse como una simple emanación del derecho a partir de la moral (racionalidad práctica).

En la resolución de casos en un Estado constitucional no parece adecuado hablar de la posibilidad de una única solución correcta, ya que a partir del empleo de diversos criterios de racionalidad podrían justificarse igualmente, a menudo, decisiones incompatibles entre sí.

Existe una categoría de casos denominados *casos trágicos*, cuya solución no puede darse respetando el derecho establecido, ni contrariando imperativos de justicia. En este punto, el papel de la racionalidad en relación con emociones o sentimientos tiene particular relevancia (Atienza, p. 475).



## MATERIAL DE ESTUDIO

### Bibliografía obligatoria

GUASTINI, RICARDO, "La interpretación: objetivos, conceptos y teorías", en *Estudios sobre la interpretación jurídica*, capítulo 1, México, Porrúa, 2008, pp. 1-21.

\_\_\_\_\_, "Técnicas interpretativas", en *Estudios sobre la interpretación jurídica*, capítulo 2, México, Porrúa, 2008, pp. 25-52.

ATIENZA, MANUEL, "El derecho como argumentación", en *El sentido del derecho*, 2ª ed., capítulo 9, Barcelona, Ariel, 2004, pp. 251-271.



# LECTURA 1

Tomada de: Ricardo Guastini, "La interpretación: objetivos, conceptos y teorías", en *Estudios sobre la interpretación jurídica*, capítulo 1, México, Porrúa, 2008, pp. 1-21.

## CAPÍTULO PRIMERO LA INTERPRETACIÓN: OBJETOS, CONCEPTOS Y TEORÍAS\*

### I. “INTERPRETACIÓN”

El vocablo “interpretación”, como en general los vocablos con la misma raíz, puede denotar bien una actividad —la actividad interpretativa— bien el resultado o producto de esa actividad. Por ejemplo, “las disposiciones legales sobre la interpretación” son las que disciplinan la actividad interpretativa; por el contrario, una “interpretación restrictiva” es el resultado de una cierta técnica interpretativa. El resultado o producto de la actividad interpretativa no es otra cosa más que el “significado” del objeto interpretado.

Puede observarse que el verbo “interpretar” es comúnmente empleado en el lenguaje de las ciencias sociales, acompañado de los más variados complementos-objeto, en diversos contextos y con distintos matices de significado. Según el uso corriente, muchas cosas heterogéneas pueden ser objeto de interpretación, y los significados que de vez en cuando el vocablo puede asumir parecen depender principalmente del tipo de objeto sobre el que la actividad interpretativa versa. Conviene poner algún ejemplo.

#### *Objetos de la interpretación*

a) Cuando se habla de interpretar un acto o comportamiento humano, interpretar a veces significa elaborar suposiciones en

\* Traducción de Miguel Carbonell.

torno a los objetivos, a las razones o a las intenciones del sujeto agente; otras veces significa adscribir un sentido o un valor a la acción considerada. En particular, en el ámbito del discurso jurídico, “interpretar un hecho” (como homicidio intencional, pongamos, en vez de muerte accidental) significa incluir ese hecho dentro de una cierta clase de hechos, o bien subsumirlo en una norma, o incluso, calificarlo bajo el esquema de calificación que ofrece una norma para aplicarle así una consecuencia jurídica (por ejemplo, la sanción) que esa norma prevé.

b) Cuando se habla de interpretar un acontecimiento histórico o social, comúnmente “interpretar” significa conjeturar una relación de causa-efecto entre un cierto hecho (o conjunto de hechos) condicionante y un hecho (o conjunto de hechos) condicionado.

c) Cuando se habla de interpretar un texto, significa atribuir sentido o significado a un determinado fragmento del lenguaje (vocablos, locuciones, enunciados). Conviene advertir, sin embargo, que a veces no se distingue —como sería oportuno hacerlo— entre la interpretación del texto en cuanto tal y la interpretación del comportamiento humano que produce ese texto (*cf. supra*). Naturalmente, la línea de demarcación entre las dos cosas es bastante sutil. No obstante, la distinción conceptual es clara: una cosa es preguntarse por el significado de las palabras, otra preguntarse sobre las supuestas intenciones del autor. Por ejemplo, una cosa es preguntarse si el vocablo “hombre” significa, en un contexto determinado, ser humano o bien masculino de la especie humana; otra cuestión es preguntarse si el autor, al decir “atención al que haga esto”, entendía una advertencia o una amenaza.

La interpretación jurídica pertenece al género de la interpretación textual. En expresiones como “interpretación jurídica”, “interpretación del derecho”, “interpretación de la ley”, “interpretación de los actos (o documentos) normativos”, “interpretación de normas” y otras similares, el vocablo “interpretación” denota, *grosso modo*, o bien la actividad de averiguar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico, o bien el resultado

o producto de esa actividad: el significado mismo. Que la interpretación sea una actividad de averiguación o de decisión es una cuestión controvertida, a la que las diversas teorías de la interpretación ofrecen respuestas diferentes.

Naturalmente, existe una gran variedad de textos jurídicos sujetos a la interpretación; por ejemplo, leyes, reglamentos, contratos, testamentos, sentencias, actos administrativos, entre otros. Ahora bien, en la literatura sobre el tema de la interpretación se dedica gran parte de la atención, comúnmente, a la interpretación de la ley y de las fuentes del derecho en general. En concreto, cuando se habla de interpretación de fuentes del derecho (textos normativos, formulaciones de normas), como casi siempre sucede, “interpretar” significa clarificar el “contenido” o el campo de aplicación de una norma.

Puede observarse lo siguiente: el modo de expresarse normalmente, según el cual la interpretación tiene como objeto *normas*, es correcto a condición de que, en este contexto, por “norma” se entienda (como a veces se concibe) un *texto* normativo. Pero ese modo de hablar es incorrecto, desviante, si por “norma” se entiende (como sucede comúnmente) no ya el texto normativo, sino el *significado* que contiene. En tal caso, la norma constituye no el objeto, sino el producto de la actividad interpretativa.

## II. CONCEPTOS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

La definición de “interpretación jurídica” que se ha ofrecido líneas arriba en una primera aproximación requiere de alguna precisión, ya que el término en cuestión no es usado por los juristas de forma constante y unívoca.

### 1. *Un concepto restringido de interpretación*

En sentido estricto, “interpretación” se emplea para referirse a la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de apli-

cación: un texto, se dice, requiere interpretación (sólo) cuando su significado es oscuro o discutible, cuando se duda sobre si es aplicable o no a un determinado supuesto de hecho. Bajo esta acepción, en suma, “interpretación” significa en pocas palabras: decisión en torno al significado no de un texto cualquiera en cualquier circunstancia, sino (sólo) de un texto oscuro en una situación dudosa.

Este concepto de interpretación se refleja en esa directiva metodológica que se expresa en la máxima: *in claris non fit interpretatio e interpretatio cessat in claris* (entendiendo *interpretatio* en sentido moderno): por lo anterior, no se da ni puede ocurrir interpretación siempre que un texto sea claro y no deje lugar a dudas o controversias. Este modo de utilizar el término en examen se fundamenta sobre una o sobre otra de las dos asunciones siguientes (que constituyen variantes de un mismo modo de ver las cosas).

Primera asunción posible: debe distinguirse entre dos tipos de formulaciones normativas. De un lado, existen formulaciones normativas cuyo significado es claro y no controvertido. De otro lado, existen formulaciones normativas cuyo significado es equívoco y despiertan perplejidad. Las formulaciones del segundo tipo, y sólo esas, requieren de interpretación.

Segunda asunción posible: debe distinguirse entre dos tipos de supuestos de hecho. Por una parte, se dan supuestos de hecho a los cuales una determinada norma se aplica de forma pacífica (controversias cuya solución es pacífica). Por otra parte, se dan supuestos de hecho en los cuales la aplicación de una cierta norma es dudosa o controvertida. O bien, en otros términos, dada una cierta norma existen: *a*) supuestos de hecho que seguramente recaen en su campo de aplicación (así como supuestos de hecho que de forma igualmente segura caen fuera de su campo de aplicación), y *b*) supuestos de hecho respecto de los cuales la aplicabilidad de la norma es incierta, discutible o discutida. Los supuestos de hecho del primer inciso dan lugar a casos “claros” o “fáciles”; los del segundo inciso dan lugar a casos “dudosos”

o “difíciles”; no se produce interpretación siempre que se resuelve un caso “claro”.

Se agrega que, según este modo de ver las cosas, en las situaciones del primer tipo, la decisión sobre el significado de la formulación normativa en cuestión no requiere una justificación; mientras tanto, en las del segundo tipo, tal decisión exige ser argumentada, o sea, sostenida por razones. Equivale a decir que no se da “verdadera” interpretación sin argumentación: una “interpretación” en favor de la que no se necesite aducir argumentos no es una verdadera interpretación.

## *2. Un concepto amplio de interpretación*

En un sentido amplio, “interpretación” se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa, independientemente de dudas o controversias. Según este modo de utilizar el término en examen, cualquier texto, en cualquier situación, requiere interpretación.

Cualquier decisión en torno al significado de un texto, no importa si es “claro” u “oscuro”, constituye interpretación. Atribuir a un texto un significado obvio o no controvertido, o bien resolver una controversia “fácil” puede no requerir argumentación. Sin embargo, también un significado obvio y cualquier significado es el resultado de una variable dependiente de la interpretación. Incluir o excluir un determinado supuesto de hecho del campo de aplicación de una cierta norma, aunque la cuestión sea pacífica, presupone comúnmente una interpretación.

Desde ese punto de vista, se produce interpretación no ya en presencia de casos “difíciles”, sino en presencia de cualquier caso: la interpretación es el presupuesto necesario de la aplicación.

### *Interpretación y traducción*

Según este modo de ver, la interpretación es una suerte de traducción. Más precisamente: interpretación y traducción son co-

genéricos. Tanto la interpretación como la traducción, de hecho, no son sino reformulaciones de textos.

“Traducir” significa reformular un texto en una lengua diversa de aquélla en la que fue formulado. “Interpretar” significa reformular un texto sin importar si es en la misma lengua en el que fue formulado (como ocurre casi siempre) o en una lengua diversa. En derecho, la interpretación es típicamente reformulación de los textos normativos de las fuentes. Como la traducción consiste en la producción de un enunciado en una determinada lengua, que el traductor asume como sinónimo de un enunciado diverso, pero en otra lengua; así, en la interpretación jurídica, el intérprete produce un enunciado, que pertenece a su lenguaje, que él asume como sinónimo de otro enunciado diverso, perteneciente al lenguaje de las fuentes.

Tal como el texto traducido debe ser cuidadosamente distinguido de su traducción, así el lenguaje del texto interpretado debe ser cuidadosamente distinguido del lenguaje del intérprete (incluso si la autoridad legislativa y los intérpretes se expresan en la misma lengua natural).

Y, por esta razón, es altamente inoportuno designar indiferentemente con el mismo nombre de “norma” tanto al texto interpretado (la disposición, como suele decirse), como al resultado de la interpretación (el significado adscrito al texto).

### *3. Posturas doctrinales bajo los dos conceptos de interpretación*

Puede comprenderse fácilmente que adoptar uno u otro de estos dos primeros conceptos de “interpretación” comporta ofrecer diversas representaciones de las actividades intelectuales de los juristas (en la doctrina y, sobre todo, en la jurisprudencia).

En particular, quien adopta el primer concepto de interpretación estará fatalmente inducido a dejar de lado el componente volitivo o decisorio de las operaciones doctrinales y jurisprudenciales. Este modo de ver las cosas, de hecho, asume que existen fuentes “claras” (de significado pacífico) y fuentes “oscuras”

(de significado dudoso). Este mismo punto de vista, además, sugiere que sólo la atribución de significado a una fuente “oscura” requiere valoraciones, elecciones y decisiones, mientras que la atribución de significado a una fuente “clara” sería una actividad cognoscitiva, para descubrir un significado preexistente en un cierto texto, y no para decidir qué significado (de entre los muchos posibles) convenga a ese texto determinado. Se sobreentiende que la atribución de significado a un texto “claro” es una cuestión susceptible de ser verdadera o falsa.

Generalmente, aunque no necesariamente, este modo de pensar se conecta a, y depende de, la opinión falaz según la cual las palabras (y los textos legislativos son siempre formulados en palabras) tienen un significado intrínseco o “propio”. Es decir, un significado independiente de los diversos modos de usar y de entender las mismas palabras, preconstituido a los modos de usarlas y entenderlas. Según esta perspectiva, cada palabra “tiene” su significado: no son los hombres quienes le “dan” un significado (de vez en cuando uno con preferencia de otro).

De modo contrario, quien adopta el segundo concepto de interpretación comúnmente quiere poner en evidencia que atribuir un significado a un texto siempre requiere de valoraciones, elecciones y decisiones. En ningún caso la interpretación, así entendida, puede ser representada como una actividad cognoscitiva. Y esto por la buena razón de que no existe algo así como el “significado propio” de las palabras: las palabras tienen sólo el significado que les viene atribuido por quien las utiliza o por quien las interpreta. Por tanto, el significado es mutable, y cada decisión interpretativa es siempre, si bien en distinta medida, arbitraria.

Podría añadirse que la misma distinción entre textos “claros” y textos “oscuros” es discutible, en el sentido de que claridad y oscuridad, bien visto, no son cualidades intrínsecas de un texto que preceda a la interpretación: son, ellas mismas, fruto de la interpretación, entendida en un sentido amplio como adscripción de un significado a un texto. Esto es así por dos razones. Antes que nada, porque sólo después de interpretado un texto podrá de-



cirse si es claro u oscuro. Por otra parte, sobre todo porque en torno a la misma claridad u oscuridad del texto puede existir controversia: un texto puede resultar claro para algunos y oscuro para otros. Entonces, la claridad, más que excluir toda controversia, puede también ella ser objeto de controversia. Además, puede decirse que un texto es claro sólo si, y en el sentido de que, sobre su significado los intérpretes concuerdan. Pero esto quiere decir que la supuesta claridad no es una propiedad del texto, sino el fruto de una decisión interpretativa (o de más decisiones interpretativas concordes).

En fin, importa subrayar que todos los que adoptan el primer concepto de interpretación comúnmente tienden a identificar textos legislativos y normas: todo texto o fragmento de texto expresa una norma. Tal norma puede ser, según los casos, clara y precisa u oscura y vaga, pero siempre es una norma preexistente a la actividad interpretativa. La interpretación tiene como objeto normas.

Por el contrario, quienes adoptan el segundo concepto de interpretación se inclinan a distinguir netamente entre textos legislativos y normas: las normas (piensan) son el significado de los textos. La interpretación tiene como objeto no ya normas, sino textos. Interpretar es decidir el significado de un texto legislativo. Por tanto, interpretar es producir una norma. Por definición, las normas son producidas por los intérpretes.

#### 4. *Otros conceptos de interpretación*

a) En un sentido muy amplio, “interpretación” es a veces utilizado para referirse genéricamente al conjunto de trabajos de los juristas, el cual incluye —junto a la interpretación propiamente dicha, en uno y otro de los sentidos ya enumerados— también otras operaciones, como, por ejemplo, la identificación de las fuentes del derecho válidas y la llamada “sistematización” del derecho, o construcción en sistema de las normas jurídicas. A su vez, la sistematización del derecho abarca una serie de operaciones distintas, como la integración del derecho (en el caso de las

lagunas), la solución de antinomias y la exposición “sistemática” (es decir, coordinada) de la disciplina jurídica de una determinada materia.

b) En algunos contextos, “interpretación” se utiliza para denotar un tratamiento de los textos jurídicos (percibidos como) incorrectos, o manipulatorios. En tales contextos, “interpretar” significa *grosso modo* eludir una norma. En otras palabras, el término es usado a veces para sugerir que una cierta formulación normativa no es entendida o aplicada según su significado “natural”, sino que es alterada o falseada, para así evitarla y evitar también las consecuencias.

En contextos semejantes, el uso del término “interpretación” se conecta al primero de sus significados (adscripción de significado en situaciones de duda). La asunción subyacente, de hecho, es que un texto “claro” no requiere interpretación, y que la interpretación constituye una falsificación del significado “propio” (obvio, indiscutible) de las palabras. Este uso del término está implícito en la opinión (difundida entre nuestros especialistas) según la cual, cuando la ley es clara, no sólo es inútil, sino dañoso, interpretarla.

c) En fin, ocasionalmente, y de forma completamente inoportuna, “interpretación” a veces es usado como sinónimo de “aplicación”. Esto sucede cuando se refieren en particular a la interpretación judicial. Conviene subrayar, sin embargo, que en el uso prevalente el término “aplicación” tiene un sentido diverso.

### *Interpretación versus aplicación*

En primer lugar, mientras el verbo “interpretar” concierne a cualquier sujeto (ya que cualquiera puede realizar una actividad interpretativa), el verbo “aplicar” concierne sólo a aquellos sujetos que se desempeñan en órganos llamados precisamente de aplicación: principalmente jueces y funcionarios administrativos. Puede decirse de un jurista o de un ciudadano común que “interpreta” el derecho; pero no sería apropiado decir que un jurista o un particular “aplica” el derecho.

En segundo lugar, interpretación y aplicación son actividades que se ejercitan sobre objetos diferentes: hablando correctamente, la interpretación tiene como objeto no ya normas, como se sostiene, sino más bien textos normativos, mientras que la aplicación tiene por objeto normas en sentido estricto (entendidas como el contenido de sentido de los textos normativos). Por tanto, la aplicación no coincide con la interpretación por la buena razón de que la presupone o la incluye como una parte constitutiva.

En tercer lugar, el término “aplicación”, especialmente si se refiere a órganos jurisdiccionales, designa un conjunto de operaciones que incluyen, junto a la interpretación propiamente dicha, ya sea la calificación de un supuesto de hecho concreto (Tizio ha cometido tal delito), ya sea la decisión de una específica controversia (Tizio debe ser castigado con tal pena).

### III. LOS ENUNCIADOS INTERPRETATIVOS

La interpretación constituye, en rigor, una actividad mental: una actividad del “espíritu”, como suele decirse. Pero, considerada como actividad mental, la interpretación no sería susceptible de análisis lógico: a lo más podría ser sometida a indagación psicológica. Queriendo, sin embargo, someter la interpretación a una indagación lógica, conviene concebirla no ya como una actividad mental, sino más bien como una actividad discursiva; o, si se quiere, conviene examinar no la actividad interpretativa en cuanto tal, sino su producto literario (ya se trate de un trabajo de doctrina, una provisión jurisdiccional, u otro). Desde este punto de vista, la interpretación toma relieve en cuanto expresión discursiva de una actividad intelectual: la interpretación es el discurso del intérprete.

Ahora bien, el discurso del intérprete está constituido, por un lado, por enunciados que adscriben significado al discurso de las fuentes; por otro lado, por enunciados que constituyen argumentos para justificar la interpretación preescogida.

Podemos llamar “enunciados interpretativos” a los enunciados que adscriben significado a un texto normativo. La forma estándar de tales enunciados es la siguiente: “T” significa S. En esta fórmula, la variable T es un texto del discurso de las fuentes; la variable S es el sentido o significado adscrito a ese texto por el intérprete. En la fórmula, la variable T está puesta entre comillas por la obvia razón de que, dentro del enunciado interpretativo, o sea dentro del discurso del intérprete, constituye una cita textual del discurso de las fuentes.

Podemos llamar “disposición” a todo enunciado perteneciente a una fuente del derecho y reservar el nombre de “norma” para designar el contenido de sentido de la disposición, su significado, que es una variable dependiente de la interpretación.

En este sentido, la disposición constituye el objeto de la actividad interpretativa y la norma, su resultado. La disposición es un enunciado del lenguaje de las fuentes sujeto a interpretación y todavía por interpretar. La norma es una disposición interpretada y, de ese modo, reformulada por el intérprete: es un enunciado del lenguaje de éstos. La distinción, como se ha dicho, es consecuencia necesaria del hecho de que entre las disposiciones y las normas no se da una correspondencia biunívoca.

### *Dos usos de los enunciados interpretativos*

En el lenguaje común, sucede que los enunciados interpretativos son utilizados de dos modos (en dos sentidos) radicalmente diversos.

a) De un lado, un enunciado interpretativo puede ser usado para *interpretar* en sentido estricto; o sea, para adscribir significado a un texto normativo.

b) De otro lado, un enunciado interpretativo puede ser usado para *referirse a una interpretación* (de otros); o sea, para transmitir una información en torno al significado (dado por alguien) adscrito al texto en cuestión.

En un caso, tenemos que ver con un discurso *interpretativo* (es decir, el discurso de quien adscribe, atribuye o confiere sig-

nificado a un texto). En el otro caso, tenemos que ver con un discurso *descriptivo de interpretaciones* (el discurso de quien destaca o refiere que, de hecho, un texto ha sido interpretado de un cierto modo por parte de alguien).

Entre los dos tipos de discurso existe la misma diferencia que distingue a las definiciones lexicales de las estipulativas. Por “definición” se entiende la clarificación del significado de un vocablo (o de una locución) mediante (otras) palabras. Se llama lexical la definición de quien describe el modo en el que el vocablo en cuestión es utilizado por alguien. Se llama estipulativa la definición de quien propone que ese vocablo sea utilizado de un cierto modo. Podemos sostener que quien ofrece una definición estipulativa define en sentido estricto; quien ofrece una definición lexical no hace más que referir —metalingüísticamente— las definiciones estipulativas de otros.

Esta distinción, bien entendida, se encuentra del todo enraizada con el hecho de que el significado del que habla sea pacífico o controvertido. Es irrelevante, en suma, que se incluya en el campo de aplicación de un texto normativo un caso “claro” o un caso “dudoso”. El intérprete que atribuya a un texto normativo un significado —por más obvio y pacífico que pueda ser ese significado— pronuncia un discurso interpretativo, y no descriptivo de interpretaciones (de otros). Por el contrario, el sociólogo empírico del derecho que se refiera a que a un cierto texto se ha atribuido un determinado significado —por más extravagante y controvertido que pueda ser ese significado— pronuncia un discurso no interpretativo, sino sólo descriptivo de interpretaciones (de otros).

Quien describe las interpretaciones de otros, cualquiera que sean éstas, cumple un acto lingüístico descriptivo: a los enunciados del discurso descriptivo se asignan los valores de verdadero y falso. Por el contrario, quien interpreta un texto —de cualquier modo que lo interprete— lleva a cabo un acto del lenguaje del todo diferente: el acto lingüístico llamado “interpretación”. A los enunciados del discurso interpretativo —a menos que se imagine

que las palabras incorporan un significado “propio”— no pueden asignarse los valores de veracidad.

#### IV. TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Tres diversas teorías (o, más bien, familias de teorías) de la interpretación se confrontan en la literatura jurídica moderna: una teoría “cognitiva” (o formalística), una teoría “escéptica” y una teoría intermedia entre las dos precedentes.

En este contexto, el vocablo “teoría” se refiere a un discurso en torno a lo que la interpretación *es*: otra cosa son las doctrinas sobre lo que la interpretación *debe ser* (o sea, sobre los métodos que los intérpretes deben adoptar, a los objetivos que deben perseguir y demás).

Todas las teorías (o familias de teorías) en examen pueden ser representadas como un particular modo de entender los enunciados interpretativos; o sea, los enunciados de la forma estándar: el texto “T” significa S. Además, todas estas teorías implican una distinta concepción de la discrecionalidad judicial.

##### 1. *La teoría cognitiva de la interpretación*

La teoría cognitiva —o, más comúnmente, “formalística”— de la interpretación sostiene que la interpretación es una actividad de tipo cognoscitivo: interpretar es verificar (empíricamente) el significado objetivo de los textos normativos o la intención subjetiva de sus autores (típicamente, la autoridad legislativa). Esto equivale a decir que los enunciados de los intérpretes (el texto “T” significa S) son enunciados del discurso descriptivo; o sea, enunciados de los cuales puede comprobarse la veracidad o falsedad.

Este modo de ver se funda sobre asunciones falaces. O sobre la creencia de que las palabras incorporan un significado “propio”, intrínseco, dependiente no del uso de las palabras mismas, sino de la relación “natural” entre palabra y realidad. O sobre la

creencia de que las autoridades normativas (que comúnmente, en el mundo moderno, es un órgano colegiado y, por eso mismo, internamente conflictivo) tiene una “voluntad” unívoca y reconocible como los individuos. Se entiende, en consecuencia, que el objetivo de la interpretación es simplemente “descubrir” este significado objetivo o esta voluntad subjetiva, preexistentes. Se entiende, además, que todo texto normativo admite una, y sólo una, interpretación “verdadera”.

Usualmente también, la teoría cognitiva de la interpretación se acompaña de la opinión de que todo sistema jurídico es necesariamente completo (sin lagunas) y coherente (sin antinomias), de modo que toda controversia cae siempre sobre el dominio de una, y sólo una, norma preconstituida.

Del carácter cognoscitivo de la interpretación y de la necesaria plenitud y coherencia del derecho se sigue que no hay espacio alguno para la discrecionalidad judicial: las decisiones de los jueces están determinadas exclusivamente por normas preexistentes. A pesar de cualquier superficial indicio en contra, los jueces de hecho aplican sólo el derecho que encuentran ya hecho, y no crean nada nuevo.

Evidentemente, la teoría cognitiva de la interpretación está estrechamente conectada con la doctrina de la separación de poderes, con el principio de sujeción del juez a la ley (principio de legalidad en la jurisdicción), y con el “mito” de la certeza del derecho. Esta teoría, difundida en la dogmática iuspositivista del siglo XIX, está hoy muy desacreditada a los ojos de cualquier jurista advertido. Aun así, sigue presente en el pensamiento jurídico común y en el estilo argumentativo (motivatorio) de las cortes de justicia. Además, algunos puntos de vista ligados a la teoría cognitiva de la interpretación sobreviven, disfrazadamente, en la filosofía jurídica contemporánea; por ejemplo, en la tesis según la cual toda cuestión jurídica admite una y sólo una “respuesta justa”.

## 2. *La teoría escéptica de la interpretación*

La teoría escéptica de la interpretación sostiene que la interpretación es una actividad no de conocimiento, sino de valoración y de decisión. Esta teoría se funda sobre la opinión de que no existe algo así como el significado “propio” de las palabras, ya que toda palabra puede tener el significado que le ha incorporado el emiteante, o el que le incorpora el que la usa, y la coincidencia entre uno y otro no está garantizada.

Todo texto, según esta teoría, puede ser entendido en una pluralidad de modos diversos, y las diversas interpretaciones dependen de las distintas posturas valorativas de los intérpretes. Además, en los sistemas jurídicos modernos, no existen legisladores individuales cuya voluntad pueda averiguarse con métodos empíricos; y, por otro lado, no existe algo así como una “voluntad colectiva” de los órganos colegiados.

De lo anterior se sigue que los enunciados interpretativos (el texto “T” significa S) no son ni verdaderos ni falsos. Tales enunciados tienen la misma estructura profunda de las definiciones que no describen el uso efectivo de un cierto término o de una determinada expresión, sino que proponen conferir a ese término o a esa expresión un significado con preferencia sobre otro. Que las estipulaciones no son ni verdaderas ni falsas es algo que está fuera de discusión.

Se entiende que, desde este punto de vista, las normas jurídicas no preexisten a la interpretación, sino que son su resultado. Frecuentemente, a este modo de ver se acompaña la opinión de que los sistemas jurídicos no son necesariamente, y que de hecho no lo son nunca, ni completos ni coherentes. Frente a una laguna o a una antinomia, los jueces crean derecho nuevo, tal como los legisladores. Por tanto, no puede trazarse una línea clara de demarcación entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo.

La teoría escéptica es sostenida, en la literatura contemporánea, especialmente por las corrientes del llamado “realismo jurídico” (americano, escandinavo, italiano).



Tal teoría evidentemente descuida los vínculos y los límites objetivos, a los cuales las elecciones de los intérpretes están fatalmente sujetas. Tales vínculos dependen de la circunstancia de que, en todo ambiente cultural determinado, los usos lingüísticos corrientes admiten una gama, si se quiere vasta, comúnmente limitada de posibles significados para toda expresión dada. Las atribuciones de significado que no se encuentren dentro de esta gama son difícilmente sostenibles, sujetas a crítica, probablemente destinadas al fracaso. Y es obvio que tras las habituaciones lingüísticas difundidas van incluidas, si es que existen, las interpretaciones ya acreditadas y consolidadas de un cierto texto normativo. Está por otra parte claro que son escasamente practicable todas aquellas interpretaciones en las que el intérprete no pueda argumentar (o motivar) de modo convincente según los modelos de racionalidad acogidos en su ambiente cultural.

### 3. *Una teoría intermedia*

La tercera teoría de la interpretación, intermedia entre las precedentes (si se quiere: una tentativa de conciliación entre las precedentes), sostiene que la interpretación es a veces una actividad de conocimiento, y, a veces, una actividad de decisión discrecional.

Esta teoría subraya la irreducible “textura abierta” (es decir, la vaguedad, la indeterminación) de casi todos los textos normativos, que son habitualmente formulados en lenguaje natural por medio de términos clasificatorios generales. De la misma manera en que puede ser complicado establecer si un sujeto es o no “calvo” o “joven” (¿cuántos cabellos hay que perder para convertirse en calvo?, ¿cuántos años hay que tener para ya no ser joven?), también puede ser difícil establecer si una determinada controversia recae o no bajo el dominio de una cierta norma. En el seno del significado de todo texto normativo puede distinguirse un “núcleo esencial” luminoso y, en torno suyo, una indefinida “zona de penumbra”.

De ahí se sigue que, para toda norma, existen casos “fáciles”, que seguramente recaen en su campo de aplicación, como tam-

bién casos marginales, “difíciles”, respecto a los cuales la aplicabilidad de la norma es controvertida, ya que esos casos se sitúan en la “zona de penumbra”. De igual forma, los jueces no ejercen discrecionalidad alguna cuando aplican una norma a los casos claros; ejercen discrecionalidad sólo cuando aplican (o niegan la aplicación de) una norma a los casos de “penumbra”, ya que en esos supuestos la decisión de la controversia requiere de una elección entre al menos dos soluciones alternativas. Es falso que las decisiones de los jueces sean siempre controladas por normas preconstituidas, sin márgenes de discrecionalidad (como quisiera la teoría cognitiva); pero es igualmente falso que los jueces decidan discrecionalmente siempre y de cualquier modo (como quisiera la teoría escéptica).

Notoriamente, este punto de vista está conectado a uno de los significados del término “interpretación” ya examinado: interpretación como atribución de significado en situaciones de duda.

Según esta teoría, puede distinguirse entre “descubrir” el significado de un texto normativo y “adscribir” significado a un texto normativo. El intérprete decide el significado de un texto —adscribe un significado a ese texto— cuando se mueve en el área de penumbra; es decir, cuando resuelve un caso dudoso. Por el contrario, el intérprete se limita a describir, o descubrir, el significado de un texto siempre que resuelve un caso claro. Por tanto, pueden distinguirse dos tipos de enunciados interpretativos, según el significado que de vez en cuando se le atribuya a un cierto texto normativo. Cuando el significado atribuido recae en el ámbito del “núcleo esencial”, el enunciado interpretativo es verdadero, y es el resultado de una simple verificación del significado preexistente aceptado. Por el contrario, cuando el significado atribuido recae sobre el área de “penumbra”, el enunciado interpretativo no es verdadero o falso, porque es el resultado de una decisión discrecional.

Esta teoría manifiestamente asume que la distinción entre casos fáciles (que caen en el “núcleo esencial”) y casos difíciles (que caen en la “penumbra”) es una distinción objetiva, no fruto

a su vez de decisiones interpretativas. Puede sostenerse, sin embargo, que los intérpretes (en particular, los jueces) usan la discrecionalidad no solamente al decidir la solución de controversias que caen en la “zona de penumbra”, sino también al decidir si una controversia cae o no en el “núcleo” luminoso; en suma, son fruto de decisiones interpretativas los mismos inciertos confines entre “núcleo” y “penumbra”, puesto que la “penumbra” misma es el resultado de la discrecionalidad de los intérpretes.

#### 4. *Variedad de “juegos interpretativos”*

Las tres teorías (o familias de teorías) mencionadas parecen descuidar la posibilidad de que exista, por así decirlo, una multiplicidad de “juegos interpretativos”, cada uno regido por reglas diversas.

En particular, la teoría cognitiva (como también la teoría intermedia) abiertamente asume el punto de vista del juez “fiel a la ley”; mientras que la teoría escéptica hace suyo el punto de vista del abogado o del consultor legal. “Fiel” no a la ley, sino a los intereses del cliente. Pero es lícito preguntarse si estas dos categorías de sujetos, al interpretar los textos normativos, aplican el mismo juego. Y, si la respuesta es negativa, si es posible y sensata una teoría “general” de la interpretación que pretenda abarcar actividades interpretativas tan heterogéneas (en tanto tienen diversos fines).

Evidentemente, cuestiones del tipo “¿cual es el ‘verdadero’ significado de esta ley?”, “¿cual es la ‘verdadera’ intención de legislador?”, y otras similares pueden surgir sólo en el ámbito de ese particular juego interpretativo que lleva a cabo un juez fiel, legalitario, devoto a la observación y aplicación de la ley (de la ley en cuanto tal, cualquiera que pueda ser en concreto su contenido normativo).

Los abogados, sin embargo, tienen una postura distinta al enfrentarse a la ley: ellos no dan por descontado alguna obligación (moral), propia y de sus clientes, de obedecer la ley en cuanto

tal. De hecho, ellos aplican un juego interpretativo bien distinto: no se preguntan cuál es el “verdadero” significado de la ley o cuál sería la “verdadera” intención del legislador. Se preguntan: ¿cómo puedo yo interpretar o manipular las formulaciones normativas existentes en vista de los objetivos de mi cliente?

## V. VARIEDAD DE INTÉRPRETES

En el sistema jurídico vigente, la actividad interpretativa es ejercida prevalentemente, aunque no de manera exclusiva, por algunos operadores típicos. En correspondencia con las diversas figuras de los intérpretes, suele distinguirse entre interpretación auténtica, oficial, judicial y doctrinal.

*a)* Por interpretación auténtica se entiende, en un sentido amplio, la realizada por el autor mismo del documento interpretado (sin referencia alguna a la identidad del autor y a la naturaleza del documento); en sentido estricto y por antonomasia, es la interpretación de la ley realizada por el mismo legislador mediante otra ley sucesiva (llamada ley interpretativa o ley de interpretación auténtica).

*b)* Por interpretación oficial se entiende la interpretación realizada por un órgano del Estado en ejercicio de sus funciones.

*c)* Por interpretación judicial (o jurisprudencial) se entiende la realizada por un órgano jurisdiccional.

*d)* Por interpretación doctrinal se entiende la que llevan a cabo los juristas; sobre todo, los profesores de derecho en obras académicas.

Conviene decir algunas palabras para poner en evidencia varios trazos distintivos entre la interpretación judicial y la interpretación doctrinal.

### *Interpretación doctrinal e interpretación judicial*

*a)* En primer lugar, la interpretación doctrinal y la judicial se distinguen —digámoslo así— por su “fuerza”.

La interpretación doctrinal de una determinada disposición, de hecho, puede ser entendida como una “recomendación”, dirigida a los jueces, para atribuir a una disposición un determinado significado (propuesta de *sententia ferenda*). En los sistemas jurídicos modernos, los profesionales del derecho no están jurídicamente habilitados para “decidir” el significado de los textos normativos: pueden hacer solamente sugerencias o propuestas. Sus propuestas interpretativas pueden, de hecho, ejercer influencia sobre las orientaciones jurisprudenciales de los tribunales (como pueden también no ejercerla); pero frecuentemente no tienen efectos jurídicos. Por esta razón, según un cierto modo de ver, los juristas deberían limitarse a enunciar los posibles significados de los textos normativos sin preescoger alguno.

La interpretación judicial de una determinada disposición, por el contrario, puede ser entendida como “decisión” en torno a esa disposición. Las decisiones interpretativas de los jueces producen obviamente efectos jurídicos, aunque sean circunscritos, por regla general, al caso concreto decidido.

b) En segundo lugar, la aproximación a la interpretación que es propia del jurista es distinta de la que es propia de los jueces.

La interpretación doctrinal puede caracterizarse como una interpretación “orientada a los textos”. Con esto quiere decirse que, comúnmente, los juristas se preguntan —o eso se supone— sobre el significado de los textos normativos “en abstracto”; es decir, sin preocuparse de la solución de una específica controversia.

La interpretación judicial, por el contrario, puede definirse como una interpretación “orientada a los hechos”, en el sentido de que el punto de partida de la interpretación judicial no es tanto el texto normativo como un particular supuesto de hecho o controversia, del que se busca solución. Los jueces, en suma, no se preguntan cuál es el significado de un texto normativo “en abstracto”, sino que se preguntan si un determinado supuesto de hecho se encuentra o no dentro del campo de aplicación de una cierta norma.

Dicho en otros términos: el juez no puede limitarse a la interpretación textual. La aplicación del derecho requiere, juntas, la interpretación de las fuentes y la calificación del supuesto de hecho. A su vez, la calificación del supuesto de hecho presupone la verificación de los hechos de la causa.

# LECTURA 2

Tomada de: Ricardo Guastini, "Técnicas interpretativas", en *Estudios sobre la interpretación jurídica*, capítulo 2, México, Porrúa, 2008, pp. 25-52.

## CAPÍTULO SEGUNDO TÉCNICAS INTERPRETATIVAS\*

### I. DOS TIPOS FUNDAMENTALES DE INTERPRETACIÓN

Hay dos tipos fundamentales de interpretación: de un lado, la interpretación que suele llamarse “literal” o “declarativa”; de otro, la interpretación que, conforme a la tradición, podemos llamar “correctora”.

Los dos conceptos son mutuamente excluyentes (no puede haber una interpretación que sea al mismo tiempo literal y correctora) y conjuntamente exhaustivos (no puede haber una interpretación que no sea ni literal ni correctora). Además, los dos conceptos son lógicamente interdependientes, puesto que la interpretación correctora se define por oposición a la literal. El concepto de interpretación literal es, por tanto, “primario”; mientras que el de interpretación “correctora” es “secundario”, en el sentido de que es lógicamente dependiente del otro.

Desgraciadamente, el concepto de interpretación literal es vago, pues no es posible ofrecer una definición precisa del mismo, y esto hace que también sea vago el dependiente concepto de interpretación correctora.

### II. LA INTERPRETACIÓN DECLARATIVA

Suele decirse que la interpretación literal o declarativa es la que atribuye a las disposiciones normativas su significado “propio”. Esta definición, sin embargo, no puede aceptarse, porque se basa en la idea ingenua y falaz de que las palabras están do-

\* Traducción de Marina Gascón.



tadas, precisamente, de un significado “propio”, intrínseco, independiente de los usos. Si se abandona esta tesis, asumiendo que cada palabra es susceptible de usos diversos, habrá que renunciar a la noción de interpretación declarativa o redefinirla de un modo más aceptable (aunque sea sin demasiado rigor).

Por interpretación literal o declarativa puede entenderse, *grosso modo*, la interpretación que atribuye a una disposición su significado “literal”, es decir, el más inmediato —el significado *prima facie*, como suele decirse— que se desprende del uso común de las palabras y de las reglas sintácticas.

Ahora bien, esta definición peca de falta de rigor, porque no es posible establecer con nitidez el significado literal de las palabras, de manera que tampoco es posible trazar una línea precisa de demarcación entre interpretación literal y otros tipos de interpretación. El significado literal, en efecto, es una variable que depende de la competencia y de la intuición lingüística de cada uno; y, en este sentido, es algo bastante subjetivo.

Se ha dicho también que los adjetivos “declarativa” y “literal” con los que suele calificarse la interpretación en cuestión no son perfectamente intercambiables, pues cada uno de ellos pone el acento sobre un aspecto distinto de dicha técnica interpretativa. Al calificar una interpretación como “literal” se subraya que hace referencia al significado exactamente literal de la disposición interpretada. Al calificarla como “declarativa” se hace hincapié en que se refiere más bien al significado querido (o que se supone querido) por el legislador, asumiendo que el legislador interpretara lo que dijo “al pie de la letra”.

Son dos los principales argumentos que se aducen en favor de la interpretación declarativa: el argumento del lenguaje común y el argumento *a contrario*.

### 1. *El argumento del lenguaje común*

El argumento del lenguaje común apela sencillamente al significado ordinario (común) de las palabras y a las reglas gramaticales de la lengua usualmente aceptadas.

Debe observarse, sin embargo, que el significado ordinario raramente es unívoco y preciso. Toda expresión (término o sintagma) de uso común tiene un significado vago. Muchas expresiones de uso ordinario, si no todas, están sujetas a empleos diversos, y a cada uno corresponde un significado distinto (o, al menos, un diferente matiz de significado). Las propias reglas gramaticales son a veces muy elásticas. En suma, el significado ordinario es a menudo controvertido, de modo que la apelación al lenguaje común no siempre es un argumento resolutivo.

Hay que tener en cuenta, además, que las expresiones que forman parte del lenguaje de las fuentes no son reconducibles a un único tipo. Sin pretender hacer un inventario completo de las mismas, pueden mencionarse al menos las siguientes clases.

a) Expresiones pertenecientes al lenguaje ordinario: el significado común de estas expresiones es el que viene registrado en los diccionarios de la lengua, los cuales, por otro lado, casi siempre determinan varios significados alternativos para una misma expresión.

b) Expresiones del lenguaje ordinario que, sin embargo, se han tecnificado en el discurso jurídico y han adquirido un significado distinto del ordinario: unas veces, en virtud de una definición legislativa; más frecuentemente, en virtud de la elaboración dogmática de los juristas. El significado ordinario de estas expresiones no es deducible de los diccionarios de la lengua, sino de los textos normativos (en el supuesto de que exista una definición legislativa de la expresión en cuestión), o del uso de los juristas. Por lo demás, el uso de los juristas raramente es unívoco: distintas doctrinas sostienen diferentes usos (y, por ello, diferentes significados o matices) de los términos en cuestión.

c) Expresiones pertenecientes a un lenguaje técnico (por ejemplo, el lenguaje de la química, de la ingeniería hidráulica, de la ciencia de la construcción, etcétera). Éstas no siempre se utilizan en el lenguaje ordinario, ni vienen siempre registradas en los diccionarios de la lengua. Su significado común se deriva del uso

que de ellas hacen los especialistas de esas disciplinas científicas o técnicas.

En cualquier caso, el argumento del lenguaje común tiende a excluir que a una determinada disposición pueda atribuírsele un significado distinto (poco importa si más amplio o más restringido) del literal.

## 2. *El argumento a contrario como argumento interpretativo*

Se argumenta *a contrario* siempre que se aduce que *ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit*; es decir, el legislador ha dicho exactamente lo que quería decir y es evidente que lo que no ha dicho no quería decirlo; si hubiese querido decirlo, lo habría dicho. Como se pone de manifiesto, el argumento se rige por la presunción de una perfecta correspondencia entre la intención del legislador y el texto normativo.

Esta forma de argumentar pretende excluir que a una determinada disposición normativa pueda atribuírsele un significado más amplio (más extenso) que el que se desprende de su interpretación literal. No excluye, sin embargo, que a la disposición en cuestión pueda aplicársele un significado más restringido que el literal, y quizá por esta razón el argumento *a contrario* es reconducido tanto a la interpretación literal como a la interpretación restrictiva.

### A. *El argumento a contrario como argumento productor*

El argumento *a contrario*, tal y como ha sido ilustrado en el párrafo anterior, es un argumento “interpretativo”; o sea, un argumento que se aduce para sostener una elección interpretativa (del tipo: el texto “T” se entiende en el sentido S<sub>1</sub> y no en el sentido S<sub>2</sub>). Hay que decir, sin embargo, que dicho argumento también puede usarse no ya como interpretativo, sino como “productor”; es decir, puede emplearse también para sostener la producción de una norma nueva (una norma que no puede ser

imputada a una disposición preexistente que haya sido interpretada). Resulta claro que una cosa es atribuir significado a una disposición preexistente y otra es formular una norma inédita. Es verdad que entre las dos discurre una línea de contornos muy sutiles, pero conceptualmente son cosas bien distintas.

El asunto reviste gran importancia, pues el uso del argumento *a contrario* como productor es, con mucho, el prevalente.

Se hace un uso productor y no meramente interpretativo del argumento *a contrario* cuando se sostiene que una disposición de la forma “si F<sub>1</sub>, entonces G” debe entenderse en el sentido de que “*sólo* si F<sub>1</sub>, entonces G” y, por tanto, se excluye que la misma consecuencia jurídica G se produzca también en presencia de un distinto supuesto de hecho F<sub>2</sub>. Esta conclusión se resuelve en la formulación de la norma (nueva) “si F<sub>2</sub>, entonces no-G”.

Se trata de una norma nueva, ya que la norma “si F<sub>2</sub>, entonces no-G” *no* es consecuencia lógica de la norma “si F<sub>1</sub>, entonces G”, de la que se partía.

Por ejemplo, puesto que la Constitución dispone que “los *ciudadanos* tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas” (artículo 17 constitucional), debe concluirse que *sólo* los ciudadanos gozan del derecho de reunión, y debe excluirse que el Constituyente quisiera conferir el derecho de reunión también a los *extranjeros* (supuesto que en el texto constitucional no se encuentra ninguna disposición que expresamente atribuya también a los extranjeros el mismo derecho).

O bien, como la Constitución dispone que no se admite el referéndum abrogativo para las leyes tributarias, de presupuestos, de amnistía, de indulto y de autorización para ratificar tratados internacionales (artículo 75 constitucional), debe concluirse que *sólo* escapan al referéndum abrogativo estas leyes, y debe excluirse por ello que se sustraigan al mismo leyes distintas de las expresamente enumeradas (por ejemplo, las leyes procesales penales).

Es evidente que este modo de argumentar producirá resultados distintos en circunstancias diversas. Por ejemplo, al argumentar

*a contrario* frente a una disposición que confiere un derecho a una clase de sujetos, se excluye que otros sujetos gocen de ese derecho; al argumentar *a contrario* frente a una disposición que limita el ejercicio de un derecho cuando concurren determinadas circunstancias, se excluye que el ejercicio de ese derecho pueda también limitarse en presencia de circunstancias distintas, etcétera.

### B. Argumento a contrario y lagunas del derecho

Está muy difundida la idea de que el argumento *a contrario* —igual que los argumentos que se aducen en favor de la interpretación extensiva— es un poderoso instrumento para colmar lagunas del derecho.

Se razona más o menos así: cada vez que el legislador dispone que a un determinado supuesto de hecho le corresponde una determinada consecuencia jurídica (“si  $F_1$ , entonces  $G$ ”), el legislador quiere decir que *sólo* a ese supuesto de hecho le corresponde esa consecuencia (“sólo si  $F_1$ , entonces  $G$ ”); por lo tanto, a un supuesto de hecho distinto *no* le corresponde en absoluto esa consecuencia (“si  $F_2$ , entonces no- $G$ ”). Este punto de vista se funda sobre la idea de que allí donde la ley no dice nada existe no una laguna, sino una *norma implícita de contenido opuesto* al de la disposición que está interpretándose. Y éste es precisamente el uso productor del argumento *a contrario*.

Ahora bien, en verdad, el argumento *a contrario* puede usarse tanto para colmar una laguna como para crearla. Pongamos un ejemplo banal.

El artículo 18 constitucional dispone que “los ciudadanos tienen derecho a asociarse libremente ...”. Preguntémonos ahora si la Constitución confiere el derecho de reunión también a los extranjeros o a los apátridas. Argumentando *a contrario* a partir de la mencionada disposición, puede responderse de dos formas posibles.

a) Primera respuesta: la Constitución confiere el derecho en cuestión sólo a los ciudadanos, de manera que los extranjeros y

los apátridas están excluidos. Desde esta perspectiva, la Constitución no tiene lagunas: confiere un derecho a una cierta clase de sujetos y niega implícitamente ese derecho a cualquier otro sujeto.

b) Segunda respuesta: la Constitución confiere el derecho en cuestión sólo a los ciudadanos; pero esto no significa que los extranjeros y los apátridas estén excluidos. La Constitución simplemente *calla* al respecto, omite disciplinar este supuesto de hecho; en suma, contiene una laguna.

En un caso, pues, el argumento *a contrario* es usado como argumento productor de una norma implícita (de contenido negativo) y tiene el efecto de colmar una laguna. En el otro caso, el mismo argumento es usado como simplemente interpretativo y produce el efecto no de colmar una laguna (mediante una norma implícita), sino más bien de ponerla de manifiesto, dejando abierta la posibilidad de resolverla de distintos modos.

### III. LA INTERPRETACIÓN CORRECTORA EN GENERAL

La interpretación correctora, como se ha indicado, se caracteriza por oposición a la declarativa o literal. Para quienes conciben la interpretación literal al modo tradicional, como atribución a los documentos normativos del significado que les es “propio”, la interpretación correctora se presenta obviamente como desviación del significado “propio” de las palabras (y, eventualmente, como “corrección” de la voluntad legislativa, si se asume que el legislador siempre dice exactamente lo que pretende, y se mantiene, por ello, que la interpretación literal es la más respetuosa con la intención del legislador). Pero si, por el contrario, se piensa que no existe en absoluto algo como el significado propio de las palabras, habrá que buscar una noción de interpretación correctora más aceptable (aunque sea menos precisa).

Diremos entonces que es correctora cualquier interpretación que atribuye a un texto normativo no su significado literal más inmediato, sino un significado *distinto*.

Un significado distinto del literal sólo puede ser *más restringido* que el literal o *más amplio* que el literal. Se dan, pues, dos, y sólo dos, tipos de interpretación correctora que requieren análisis independientes: la interpretación restrictiva y la interpretación extensiva.

### *La argumentación de la interpretación correctora*

Es evidente que la argumentación correctora debe sostenerse con argumentos que desacrediten por impracticable, y por tanto excluyan, la interpretación literal. Los argumentos en cuestión son esencialmente de tres tipos.

a) El argumento (llamado indistintamente “lógico”, “psicológico” o “teleológico”) que apela a la voluntad, a la intención o a los objetivos del legislador; en suma, a la *ratio legis*. La idea es que no debe atribuirse a un determinado documento normativo su significado literal, porque eran distintas la voluntad, la intención o los objetivos del legislador.

Naturalmente, la intención del legislador o la *ratio legis* también pueden ser invocadas para apoyar una cierta interpretación declarativa (se entiende que aquí el argumento habría de ser completado con la presunción de que el texto normativo es siempre, y necesariamente, espejo fiel de la voluntad legislativa). Pero la apelación a la intención del legislador constituye, en este caso, sólo un argumento accesorio y no estrictamente necesario. Por lo demás, el argumento en cuestión requiere un análisis independiente. Volveremos sobre ello un poco más adelante.

b) El argumento (llamado “apagógico”) que apela a la (supuesta) “razonabilidad” del legislador, excluyendo que éste pueda haber formulado normas “absurdas” o que conduzcan a resultados “absurdos” en su aplicación: no debe atribuirse a un determinado documento normativo su significado literal, porque, así entendido, expresaría una norma absurda o que daría lugar a resultados absurdos cuando fuese aplicada.

Conviene observar que la percepción de lo que es absurdo y de lo que, en cambio, es razonable es algo completamente sub-

jetivo y por tanto siempre controvertible. En los pocos casos en los que una determinada interpretación aparece como “evidentemente” absurda, es decir, es vista como absurda por la generalidad de los intérpretes en un contexto histórico dado (social, cultural, etcétera), el argumento en cuestión resulta del todo inútil, porque sólo sirve para excluir una interpretación que nadie pensaría proponer jamás.

c) El argumento (llamado “naturalístico”) que apela a la “naturalidad de las cosas” —concretamente, a las variaciones en las circunstancias de hecho (sociales, etcétera)— para desacreditar el significado literal de un documento normativo, porque (ya) no se ajusta a la realidad.

Es evidente que este tipo de argumento es poco practicable en la interpretación de documentos normativos relativamente recientes; mientras que puede ser muy persuasivo, si se aplica a fuentes más o menos lejanas en el tiempo.

### *La intención del legislador*

Como se ha indicado, el argumento que apela a la voluntad, a la intención o a los objetivos del legislador requiere un análisis independiente. Dicho argumento presenta, en efecto, dos variantes notables.

a) En una primera variante del argumento, la intención del legislador se identifica con la voluntad del legislador histórico, “de carne y hueso”, por así decirlo; esto es, con la voluntad de los hombres que históricamente participaron activamente en la redacción y aprobación del documento normativo de que se trate.

La averiguación de la voluntad del legislador no puede valerse más que de los llamados “trabajos preparatorios” (por ejemplo, de los actos parlamentarios).

b) En una segunda variante del argumento, la intención del legislador se identifica no ya con la voluntad del legislador histórico, “de carne y hueso”, sino con una más impalpable “voluntad de la ley” considerada en abstracto: la *ratio legis*.



Para descubrir la “voluntad de la ley” —se sostiene— hay que atender exclusivamente al texto de la propia ley (o, a lo sumo, al texto de la ley y a las circunstancias sociales que la han ocasionado) y *no* a los trabajos preparatorios. Desde este punto de vista, en efecto, los trabajos preparatorios reflejan no la “objetiva” voluntad de la ley, sino sólo los “subjetivos” modos de entenderla de los legisladores. En otras palabras, esta estrategia argumentativa desempeña esencialmente la función de desacreditar, por irrelevante, el uso de los trabajos preparatorios como instrumento para atribuir significado al texto normativo de que se trate.

Naturalmente, apelar a la voluntad de la ley como cosa distinta de la (relativamente) concreta voluntad del legislador, y especialmente cuando se trata de leyes recientes, no es más que un modo de eludir, dejar de lado o sabotear la política jurídica perseguida por los órganos legislativos, sustituyéndola por la política jurídica del intérprete.

#### IV. LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA

Como se ha dicho, el primer tipo de interpretación correctora es la interpretación extensiva.

Se llama extensiva a aquella interpretación que extiende el significado *prima facie* de una disposición, incluyendo en su campo de aplicación supuestos de hecho que, según la interpretación literal, no entrarían en él.

Hay que decir que la extensión del significado de una disposición tiende a confundirse con la formulación de una norma nueva (no reconducible a esa disposición como significado de la misma). Entre las dos cosas no existe una diferencia neta, sino sólo una diferencia de grado. Por ejemplo, la extensión a los “trabajadores autónomos” de una disposición que confiere un derecho a los “trabajadores”, sin más especificaciones, puede presentarse como una interpretación extensiva del término “trabajador”; pero tal vez fuese más plausible presentarla como creación de una nor-

ma nueva que atribuye también a los trabajadores autónomos un derecho que el legislador había reservado a los trabajadores dependientes.

Los argumentos capaces de sostener una interpretación extensiva son principalmente dos, aunque algunos los configuran como variantes de un mismo argumento: el argumento *a fortiori* y el argumento *a simili* o analógico. El análisis de estos argumentos muestra lo sutil que es la línea que demarca los confines entre la interpretación de disposiciones existentes y la formulación de normas nuevas.

Nótese que pueden existir, al menos, dos razones distintas para extender una norma más allá de su campo de aplicación “natural”. Puede suceder que un intérprete desee reconducir un determinado supuesto de hecho al dominio de una cierta norma (y no, en cambio, al dominio de otra norma distinta) sólo porque eso satisfaga mejor su sentido de la justicia. Pero puede suceder, por el contrario, que un intérprete desee aplicar una cierta norma a un cierto supuesto de hecho, porque, de no ser así, ese supuesto de hecho quedaría privado de disciplina jurídica; es decir, se abriría una laguna en el ordenamiento.

En este segundo caso, cada uno de los dos argumentos mencionados puede incluirse en una estrategia argumentativa más amplia que apela al dogma de la integridad del derecho. Más exactamente, puede justificarse la interpretación extensiva recurriendo al argumento *a fortiori* o al argumento *a simili*; y puede justificarse ulteriormente el empleo de uno u otro de estos argumentos apelando a la doctrina según la cual el derecho es necesariamente completo (o, en cualquier caso, debe ser completado).

### 1. *El argumento a simili*

El argumento *a simili* —o argumento analógico, como prefiera decirse— será analizado con detalle en su momento (pues requiere, en efecto, alguna profundización). No obstante, conviene examinar desde ahora sus trazos fundamentales.

Dicho argumento se presenta, *grosso modo*, como sigue: la disposición D (“si F<sub>1</sub>, entonces G”) conecta la consecuencia jurídica G al supuesto de hecho F<sub>1</sub>; por otro lado, el supuesto de hecho F<sub>2</sub> se asemeja a F<sub>1</sub>, por lo que debe tener la misma consecuencia jurídica; así pues, la disposición D debe entenderse en el sentido de que la consecuencia G se aplica también al supuesto de hecho F<sub>2</sub> (“si F<sub>2</sub>, entonces G”).

Por ejemplo, el legislador dispone que quien haya recibido indebidamente una cosa de buena fe y la haya enajenado ignorando que debía devolverla, debe restituir la ganancia conseguida (artículo 2,038 del Código Civil), y no la cosa misma o su valor correspondiente (artículo 2,038 del Código Civil). Se supone que la *ratio* de la norma, o el principio por el que la norma se rige, es el principio de tutela de la confianza; es decir, se supone que el legislador, para tutelar la buena fe del sujeto en cuestión, pretende (sólo) la restitución de la ganancia y no añadidos más gravosos. El supuesto de hecho de la recepción indebida de una cosa y la subsiguiente enajenación de la misma es similar a la situación de quien ha adquirido un objeto robado ignorando su proveniencia furtiva, y luego lo ha enajenado de buena fe. Por consiguiente, quien haya adquirido y enajenado de buena fe un objeto robado, ignorando su proveniencia furtiva, debe restituir (sólo) la ganancia obtenida.

Naturalmente, como se desprende del ejemplo, para argumentar que existe semejanza entre dos supuestos de hecho, F<sub>1</sub> y F<sub>2</sub>, hay que mostrar que existe entre ellos un rasgo común no accidental sino “esencial” a los fines de su disciplina jurídica. Supuesto que sea E el elemento que hace semejantes F<sub>1</sub> y F<sub>2</sub>, será necesario mostrar que E es precisamente la “razón” específica por la que al supuesto de hecho F<sub>1</sub> se le ha atribuido precisamente aquella y no otra consecuencia jurídica. Por ejemplo, para hacer extensiva a los “hombres” una norma que confiere un derecho a las “mujeres” hay que mostrar que a éstas se les confiere aquel derecho en cuanto seres humanos, o en cuanto trabajadoras o en cuanto ciudadanas, y no en cuanto mujeres.

En otras palabras, la extensión analógica de una norma presupone la previa identificación de su llamada *ratio*, es decir, de la razón, el motivo, el objetivo por el que fue dispuesta la norma. Esto equivale a remontarnos, a partir de una norma, al “principio” que la justifica (en el ejemplo puesto arriba sobre la extensión analógica del artículo 2,038 del Código Civil, el argumento sería incompleto, si no hiciese referencia al principio de tutela de la confianza).

En rigor, este argumento sirve para sostener no ya una tesis estrictamente interpretativa (es decir, relativa al significado de una disposición), sino más bien la formulación de una nueva norma. Puede decirse, por consiguiente, que el argumento *a simili* no es tanto un argumento “interpretativo” (de disposiciones preexistentes) cuanto, por el contrario, un argumento “productor” (de nuevo derecho).

Supongamos, por ejemplo, que el argumento analógico sea usado para hacer extensiva a las empresas que editan “libros” una disposición que atribuya un beneficio fiscal a las empresas que editan “periódicos”. Pues bien, quien lleva a cabo dicha extensión no sostiene que el término “periódico” designe también a los libros. Lo que hace más bien es elaborar una norma nueva que prevé como supuesto de hecho condicionante del beneficio fiscal ya no la edición de periódicos, sino la edición de libros.

En suma, este modo de argumentar arranca de una determinada disposición, “si F<sub>1</sub>, entonces G”, y concluye con la formulación de una nueva norma, “si F<sub>2</sub>, entonces G”; es decir, una norma que no puede identificarse como significado de la disposición de la que se ha partido. En otras palabras, la norma “si F<sub>2</sub>, entonces G” no constituye el significado (o uno de los posibles significados) de la disposición interpretada. Más bien, la disposición interpretada es usada como argumento en favor de la creación de la norma “si F<sub>2</sub>, entonces G”.

## 2. *El argumento a fortiori*

El argumento *a fortiori* se presenta, *grosso modo*, en esta forma: la disposición D (“si F<sub>1</sub>, entonces G”) conecta la consecuencia jurídica G al supuesto de hecho F<sub>1</sub>; pero el supuesto de hecho F<sub>2</sub> merece, *con mayor razón*, la misma consecuencia jurídica; así pues, la disposición D debe ser entendida en el sentido de que la consecuencia G debe aplicarse también al supuesto de hecho F<sub>2</sub>.

También en este caso el resultado de la argumentación no es tanto la interpretación de una disposición preexistente (“si F<sub>1</sub>, entonces G”) cuanto la formulación de una nueva norma (“si F<sub>2</sub>, entonces G”). Por consiguiente, también puede decirse que el argumento *a fortiori* es no ya un argumento “interpretativo” (de disposiciones preexistentes), sino más bien un argumento “productor” (de derecho nuevo).

Como puede intuirse, las palabras claves de todo el argumento son “con mayor razón”. Quiere decirse, en suma, que también este modo de argumentar presupone la previa identificación de la “razón” por la que a un supuesto de hecho se conecta una determinada consecuencia jurídica y no otra.

Éste es precisamente el aspecto que el argumento *a fortiori* comparte con el argumento *a simili*: ambos presuponen una conjetura en torno a la *ratio legis*; o sea, en torno al principio que subyace a la disposición particular que se interpreta. Y ésta es la razón por la que tales argumentos parecen, para algunos, variantes de un único argumento. Sin embargo, el argumento *a fortiori* se diferencia del argumento *a simili* en el hecho de que aquél no requiere presuponer la “ semejanza ” de los dos supuestos de hecho.

### *Dos variantes del argumento a fortiori*

El argumento *a fortiori* se presenta de dos formas distintas, dependiendo de que se use para interpretar disposiciones que confieren posiciones subjetivas ventajosas (por ejemplo, derechos) o, por el contrario, para interpretar disposiciones que confieren posiciones desventajosas (por ejemplo, obligaciones).

En el primer caso, asume la forma del argumento *a majori ad minus*. Por ejemplo: si se permite establecer intereses del 20%, entonces —con mayor razón— también se permite establecer intereses del 10%.

En el segundo caso, asume la forma del argumento *a minori ad majus*. Por ejemplo: si se prohíbe tener en casa animales domésticos, entonces —con mayor razón— se prohíbe también tener en casa tigres.

## V. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

El segundo tipo de interpretación correctora, como se ha dicho, es la interpretación restrictiva.

Se llama restrictiva a la interpretación que restringe o circunscribe el significado *prima facie* de una disposición excluyendo de su campo de aplicación algunos supuestos de hecho que, según la interpretación literal, entrarían dentro de él.

Es obvio —pero conviene subrayarlo— que la interpretación restrictiva, en la medida en que es una especie del género de la interpretación correctora, no sólo se contrapone a la extensiva, sino que se distingue también de la declarativa o literal.

Para justificar una interpretación restrictiva se usa generalmente el argumento que llamaré “de la disociación”.

Obsérvese que pueden existir de nuevo, al menos, dos razones distintas para restringir el alcance de una norma respecto a su campo de aplicación “natural”. Puede ser que un intérprete desee reconducir un determinado supuesto de hecho al dominio de una norma distinta (y no al dominio de la norma en cuestión) simplemente para satisfacer mejor su sentido de la justicia. Y puede ocurrir, en cambio, que un intérprete desee excluir aquel supuesto de hecho del campo de aplicación de la norma en cuestión, porque, en caso contrario, se produciría una antinomia, lo que sucede siempre que al supuesto de hecho pueda aplicársele también otra norma con resultados distintos e incompatibles.

En este segundo caso, el argumento de la disociación puede ser introducido en una estrategia argumentativa más amplia que apela al dogma de la coherencia del derecho. Más exactamente: puede justificarse la interpretación restrictiva recurriendo al argumento de la disociación, y ulteriormente puede justificarse el empleo de tal argumento apelando a la doctrina según la cual el derecho es necesariamente coherente (o, en todo caso, debe hacerse coherente).

### *El argumento de la disociación*

El argumento que, a falta de una denominación canónica consagrada por el uso, llamo “de la disociación” es conocido por los estudiosos de retórica y bastante empleado por los juristas. No obstante, casi nunca es analizado como tal en la teoría de la interpretación. Para aclarar en qué consiste puede ofrecerse algún ejemplo simple.

a) El artículo 1,428 del Código Civil dispone que “el error es causa de anulación del contrato cuando es esencial y reconocible por la otra parte”. Para interpretar esta disposición, la doctrina dominante, con el respaldo de la jurisprudencia, recurre al principio general de la confianza, en el sentido de que el error es causa de anulación del contrato cuando es esencial y puede ser reconocido por el otro contratante, pero siempre que no se trate de error “bilateral” (se habla de error “bilateral” cuando ambos contratantes han incurrido en el error). El error bilateral hace anulable el contrato aun cuando no sea reconocible.

Así pues, las cosas son del siguiente modo: el legislador dicta una disposición que se aplica al error, sin distinguir entre error unilateral y error bilateral; el intérprete, por el contrario, distingue allí donde el legislador no lo ha hecho. La distinción introducida por el intérprete consiste en subdividir la clase de los errores en dos subclases —la de los unilaterales y la de los bilaterales— y en “disociar” las dos subclases a efectos de disciplina jurídica. El resultado de la argumentación es que esta disposición es in-

terpretada como referida no ya a la totalidad de la clase de los errores, sino sólo a la subclase de los errores unilaterales, de suerte que la otra subclase queda excluida del campo de aplicación de la disposición. Tal campo de aplicación resulta reducido, es decir, restringido.

b) El artículo 89 constitucional dispone que “ningún acto del Presidente de la República es válido si no es refrendado por los ministros proponentes ...”. Está claro que la disposición hace referencia a todos los actos del presidente, y, si todos los actos presidenciales deben ser refrendados por los ministros proponentes, se deduce que no existen actos presidenciales que no sean adoptados previa propuesta ministerial. La doctrina dominante, sin embargo, interpreta esta disposición en el sentido de que sólo deben ser refrendados por los ministros proponentes los actos que el presidente adopta tras una propuesta ministerial. Por el contrario, los llamados actos de “iniciativa presidencial” (es decir, los que no se basan en una propuesta ministerial) no se encontrarían bajo el dominio del artículo 89 constitucional.

También en este caso, el legislador (aquí, el Constituyente) dicta una disciplina que se aplica a los actos presidenciales sin distinguir entre actos de distintos tipos; la doctrina, por el contrario, distingue allí donde el Constituyente no lo ha hecho. La distinción introducida consiste en subdividir la clase de los actos presidenciales en dos subclases —la clase de los actos sustancialmente gubernativos y la clase de los sustancialmente presidenciales— y en “disociar” las dos subclases a efectos de disciplina jurídica. El resultado de la argumentación es que la disposición en examen se interpreta como referida no ya a la totalidad de la clase de los actos presidenciales, sino sólo a la subclase de los actos adoptados bajo propuesta ministerial, de manera que la otra subclase queda eliminada del campo de aplicación de la disposición, que resulta por ello reducido o restringido, como prefiera decirse.

c) El artículo 14, disposición preliminar, del Código Civil dispone que “las leyes penales ... no se aplicarán fuera de los casos y de los momentos previstos en ellas”. Ahora bien, según la doc-



trina y la jurisprudencia, hay dos modos distintos de aplicar una ley (penal) “fuera de los casos y de los momentos” previstos en ella: uno es la interpretación “extensiva”; el otro, la interpretación “analógica”. En verdad —lo hemos visto ya (y volveremos de nuevo sobre ello)— esta distinción es bastante artificiosa. Pero, sea como sea, la disposición en examen se interpreta normalmente en el sentido de que sólo está prohibida la interpretación analógica de las leyes penales y no así la extensiva.

De nuevo, la doctrina distingue allí donde el legislador no lo ha hecho. En este caso, la distinción consiste en subdividir la clase de las aplicaciones extensivas en dos subclases —la clase de las interpretaciones “extensivas” (puras y simples) y la clase de las aplicaciones “analógicas”— y en “disociar” las dos subclases a efectos de disciplina jurídica. El resultado de la argumentación es que esta disposición se interpreta como referida no ya a todo tipo de aplicación extensiva, sino sólo a la llamada aplicación analógica, de suerte que la otra subclase queda excluida de la prohibición del artículo 14, disposición preliminar, del Código Civil, cuyo campo de aplicación resulta por ello restringido.

d) El artículo 100 constitucional establece que “el Tribunal de cuentas ejerce el control preventivo de legitimidad sobre los actos del Gobierno”. *Prima facie*, esta disposición se refiere a todos los actos gubernativos, sin excepción. Pero, según la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional, es preciso distinguir netamente dos tipos de actos gubernativos: los actos dotados de fuerza de ley y todos los demás. La mencionada disposición constitucional es interpretada en el sentido de que sólo están sujetos al control preventivo del Tribunal de Cuentas los actos gubernativos desprovistos de fuerza de ley, de modo que *no* contraviene la Constitución el artículo 16 de la ley 400/1988, que sustrae al control preventivo del Tribunal de Cuentas los decretos legislativos y los decretos-leyes.

También en este caso la Corte Constitucional distingue allí donde la Constitución no distingue en absoluto. Aquí la distinción consiste en subdividir la clase de los actos gubernativos en

dos subclases —la clase de los actos de rango legislativo y la clase de todos los demás actos— y en “disociarlas” a efectos de disciplina jurídica. El resultado de la argumentación es el que se ha dicho: el artículo 188 constitucional es interpretado como referido no ya a la totalidad de los actos gubernativos, sino sólo a aquellos actos gubernativos desprovistos de fuerza de ley, de modo que los actos de rango legislativo quedan eliminados de su campo de aplicación.

En general, por tanto, puede decirse que el argumento de la disociación consiste en introducir subrepticamente en el discurso del legislador una distinción en la que éste no ha pensado en absoluto, con el fin de reducir el campo de aplicación de una disposición sólo a algunos de los supuestos de hecho previstos por ella (previstos por ella, se entiende, según una interpretación literal).

## VI. OTRAS TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN CORRECTORA

Al ámbito de la interpretación correctora pueden reconducirse también otras estrategias argumentativas que tratamos separadamente, porque no se orientan de forma unívoca a acreditar una interpretación extensiva o una interpretación restrictiva, sino que pueden emplearse indistintamente para justificar la una o la otra.

Entre estas estrategias argumentativas merecen una atención especial la interpretación sistemática y, en el ámbito de ésta, la interpretación adecuada.

### *La interpretación sistemática*

La locución “interpretación sistemática” está muy difundida entre los juristas, aun cuando no parece posible atribuirle un significado preciso. Y es que, en efecto, la expresión aludida es usada de hecho para referirse a las técnicas interpretativas más variadas e independientes entre sí.

*Grosso modo*, se llama sistemática toda interpretación que deduzca el significado de una disposición de su colocación en el

“sistema” del derecho: unas veces, en el sistema jurídico en su conjunto; más frecuentemente, en un subsistema del sistema jurídico total, es decir, en el conjunto de las disposiciones que disciplinan una determinada materia o una determinada institución. El sistema jurídico y los subsistemas que lo componen se conciben generalmente como conjuntos de normas coherentes (carentes de contradicciones o antinomias) y completos (carentes de lagunas).

En la práctica, se hace interpretación sistemática siempre que, para decidir el significado de una disposición, no se atiende a la disposición misma aisladamente considerada, sino al contexto en el que está situada. Tal contexto puede ser más o menos amplio: los demás apartados de un mismo artículo, el resto de los artículos de una misma ley, hasta llegar incluso a la totalidad de las disposiciones que componen un sistema jurídico.

Este modo de argumentar puede enmascarar operaciones interpretativas asimismo muy distintas. Sin pretender hacer un inventario completo de las mismas, pueden mencionarse algunos ejemplos.

a) El tipo más simple de interpretación sistemática es probablemente el que *combina* distintos fragmentos normativos, obteniendo a partir de ellos una norma completa. La norma completa así recabada se llama “combinado de disposiciones”.

Por ejemplo, la norma según la cual “quienes hayan cumplido dieciocho años y hayan nacido de padres italianos tienen derecho de voto para la elección de la Cámara de los diputados” nace de combinar el artículo 48 constitucional (“son electores todos los ciudadanos ... que hayan alcanzado la mayoría de edad”), la disposición que establece la mayoría de edad en el cumplimiento de los dieciocho años (artículo 2o. del Código Civil), las disposiciones que dictan reglas sobre la ciudadanía (especialmente, el artículo 1o. de la ley 91/1992) y el artículo 58 constitucional, que restringe el electorado activo para el Senado a los ciudadanos que hayan cumplido veinticinco años.

Y otro ejemplo: la norma según la cual “debe resarcirse el daño no patrimonial sólo cuando el ilícito que produce el daño

constituya delito” resulta del combinado de disposiciones del artículo 2,059 del Código Civil (“el daño no patrimonial debe resarcirse sólo en los casos determinados por la ley”) y del artículo 185 del Código Penal (“todo delito que haya ocasionado un daño, patrimonial o no patrimonial, obliga al culpable a resarcir ...”).

b) Un tipo muy importante de interpretación sistemática es la que se apoya en el argumento de la *sedes materiae*. Se usa este argumento cuando se aduce que una determinada disposición debe interpretarse de un cierto modo (y no de otro distinto) en virtud de su colocación en el discurso legislativo.

Por ejemplo: la colocación del artículo 88 constitucional (disolución de las cámaras) en el título segundo de la parte segunda de la Constitución, dedicado al presidente de la República (y no en el título siguiente, dedicado al gobierno), constituye un argumento en favor de la tesis de que el poder de disolución sea un poder estrictamente presidencial (y no gubernativo), de modo que la iniciativa de la disolución corresponde al presidente (y no al gobierno).

c) Una técnica argumentativa típica de la interpretación sistemática consiste en recurrir a la presunción de que en el lenguaje legislativo existe “constancia terminológica”. Se trata de la idea de que el legislador emplea cada término o sintagma siempre con el mismo significado (por lo menos dentro de cada documento normativo) y, recíprocamente, cuando emplea términos o sintagmas distintos no pueden tener un mismo significado (al menos no en el ámbito de un mismo documento normativo).

Así argumentan, por ejemplo, quienes sostienen que términos como “posesión” y “detención” tienen el mismo significado en las leyes civiles, en las penales y en las tributarias. Así argumentan, por poner otro ejemplo, quienes sostienen que, en el texto constitucional, las expresiones “fuerza de ley” y “valor de ley” no son sinónimas; o sea, no tienen el mismo significado.

d) Sin embargo, también es típica de la interpretación sistemática la presunción opuesta a la anterior; es decir, la opinión según la cual toda expresión del lenguaje legislativo recibe sig-

nificado del peculiar contexto en el que está situada, de modo que no es posible que una expresión conserve el mismo significado al cambiar de contexto.

Así argumentan, por ejemplo, quienes sostienen que la expresión “gran empresa” asume significados distintos en las distintas leyes que hacen referencia a las grandes empresas (la ley 675/1977 sobre la reconversión y reestructuración industrial; la ley 787/1978 sobre el saneamiento financiero de las empresas; la ley 95/1979 sobre la administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis, etcétera).

e) Pueden reconducirse a la interpretación sistemática todas las soluciones interpretativas que dependen de construcciones dogmáticas preconstituidas que el intérprete proyecta sobre los textos normativos *ab extra*, desde fuera.

Por ejemplo, se considera que, en nuestro ordenamiento constitucional, el gobierno *debe* gozar sólo de la confianza parlamentaria y no también de la del jefe del Estado. Esta tesis podría mantenerse de manera muy simple argumentando *a contrario* a partir del artículo 94 constitucional, según el cual “el Gobierno debe tener la confianza de las dos Cámaras” (se trata de un uso productor, y no interpretativo, del argumento *a contrario*). Sin embargo, la tesis en cuestión se argumenta normalmente con base en la doctrina de que la Constitución configura al presidente de la República como un “poder neutro” con funciones de equilibrio entre los poderes y de garantía de la legalidad constitucional.

O bien, la tesis según la cual el artículo 23 constitucional (“no puede imponerse ninguna prestación personal o patrimonial si no es en virtud de ley”) debe ser interpretado en el sentido de que, en materia tributaria, la disciplina normativa puede estar integrada por normas reglamentarias; no puede argumentarse sólo sobre la base del texto constitucional. Dicha tesis arranca de la exquisita distinción dogmática entre reserva absoluta de ley y reserva (sólo) relativa de ley.

f) Son característicos de la interpretación sistemática algunos de los procedimientos comúnmente empleados para resolver —o

más bien para evitar o prevenir— antinomias. En particular, el principio según el cual *lex specialis derogat legi generali* y la llamada interpretación adecuadora. Por lo demás, esta última merece una consideración independiente, por lo que se volverá sobre ella en seguida.

g) Y, en fin, pueden reconducirse a la interpretación sistemática la mayor parte de los procedimientos que habitualmente se emplean para colmar lagunas. En particular, la aplicación analógica y la construcción y el uso de los principios.

### *La interpretación adecuadora*

La interpretación adecuadora es una de las clases más importantes de interpretación sistemática. Pueden distinguirse dos tipos ligeramente distintos de la misma.

a) En primer lugar, se hace interpretación adecuadora siempre que se adapta —se adecua— el significado de una disposición al significado (previamente establecido) de otras disposiciones de rango superior. La “superioridad” en cuestión puede ser, indistintamente, una superioridad jerárquica o una superioridad estructural.

Así, por ejemplo, si una disposición legislativa admite dos posibles interpretaciones, tales que una es conforme con las normas constitucionales; mientras que la otra se contradice con ellas, se hace interpretación adecuadora optando por la primera y rechazando la segunda. Esta forma de interpretar se rige por la (tácita) presunción de que el legislador respeta la Constitución y no intenta violarla.

Constituyen otros tantos ejemplos de interpretación adecuadora todas las llamadas sentencias “interpretativas” de la Corte Constitucional, ya se trate de sentencias interpretativas estimativas (la Corte evita declarar constitucionalmente ilegítima toda una disposición y se limita a declarar ilegítima una de sus posibles interpretaciones), o se trate —aún más claramente— de sentencias interpretativas desestimativas (la Corte evita declarar cons-

titucionalmente ilegítima una disposición, interpretándola de modo que sea conforme con la Constitución). Pero también se encuentran buenos ejemplos de interpretación adecuada en todos los autos en los que un juez ordinario rechaza una excepción de ilegitimidad constitucional, aduciendo que la cuestión es manifiestamente infundada, porque la disposición sospechosa de inconstitucionalidad es susceptible de una interpretación conforme con la Constitución.

Y aún otros ejemplos: se hace interpretación adecuada cuando (en la duda) se interpreta un decreto legislativo de manera conforme con la ley de delegación (en lugar de en contraste con ella); cuando se interpreta una ley regional de conformidad con las leyes estatales que expresan los principios fundamentales de la materia de que se trata; cuando se interpreta un reglamento de ejecución de manera conforme con las disposiciones de rango legislativo a cuya ejecución se orienta, etcétera.

Puede decirse, en general, que este primer tipo de interpretación adecuada surte el efecto de conservar la validez de los textos normativos, puesto que, interpretando de este modo, se evita declarar la invalidez (la ilegitimidad) de un texto normativo que resultaría inválido si se interpretase de otra forma.

b) En segundo lugar, se hace interpretación adecuada siempre que se adapta o adecua el significado de una disposición a un principio general o fundamental del derecho (previamente establecido). Este caso es distinto del anterior, por el hecho de que un principio no ostenta necesariamente un rango superior al de una disposición particular, salvo en sentido meramente axiológico.

Por ejemplo, se hace interpretación adecuada cuando se interpreta como no retroactiva una ley, que podría también interpretarse como retroactiva, adecuándola así al principio general de irretroactividad (artículo 11, disposición preliminar, del Código Civil). Este modo de interpretar se rige por la (tácita) asunción de que el legislador respeta los principios generales del derecho y no pretende derogarlos.

Claramente, las distintas formas de interpretación adecuadora tienen por objeto (y como efecto) evitar que surjan antinomias entre normas de distinto grado jerárquico o entre normas particulares y principios generales, según los casos. Por esta razón, la interpretación adecuadora puede ser siempre —y por lo general es— argumentada ulteriormente recurriendo al dogma de la coherencia del derecho.

Es preciso observar aun que la interpretación adecuadora puede producir indistintamente resultados “restrictivos” o resultados “extensivos”.

Puede suceder, por ejemplo, que para adecuar una disposición legislativa a la Constitución sea necesario restringir su campo “natural” de aplicación. Es decir, puede ocurrir que una determinada norma sea legítima, si se considera aplicable al supuesto de hecho F<sub>1</sub>; pero resulte ilegítima, si se considera aplicable también al supuesto de hecho F<sub>2</sub> que la Constitución regula de manera distinta.

Pero puede también suceder, por el contrario, que para adecuar una disposición legislativa a la Constitución sea necesario ampliar su campo de aplicación. Ocurre esto, por ejemplo, siempre que una ley atribuye un beneficio a una clase de sujetos excluyendo a otra clase de sujetos que, en virtud del principio de igualdad (artículo 3o. constitucional), debería gozar, en cambio, del mismo beneficio. Se encuentran ejemplos de ello en todas las sentencias “aditivas” de la Corte Constitucional.

#### VII. INTERPRETACIÓN “HISTÓRICA” E INTERPRETACIÓN “EVOLUTIVA”

Para concluir, se hará referencia a dos modos de interpretar que no se acomodan a la simple oposición interpretación declarativa *versus* interpretación correctora que hemos utilizado hasta aquí. Para ello, es necesario introducir una nueva distinción entre los diversos significados que una disposición puede asumir. La distinción es la siguiente.



A una disposición —especialmente a una disposición relativamente antigua— pueden aplicársele dos tipos de significado: uno de los significados que se le atribuyeron en la época en que se creó (no importa que se trate del significado literal o de otro distinto), o bien uno de los significados que puede adquirir en el momento en que se interpreta.

Pues bien, a esta distinción entre significados corresponde la siguiente distinción entre técnicas interpretativas.

Se llama “histórica” a la interpretación que adscribe a una disposición uno de los significados que se le atribuyeron en la época en que fue creada.

Se llama “evolutiva” a la interpretación que adscribe a una disposición un significado nuevo y diferente de su significado “histórico”.

Para comprender lo distintos que pueden ser los resultados de estas técnicas interpretativas, tomemos el siguiente ejemplo. La octava enmienda (1791) de la Constitución de Estados Unidos prohíbe infligir penas “cruels e inusuales”. Evidentemente, hoy día son “inusuales” y son sentidas como “cruels” sanciones penales que en el 1791 no lo eran, por ejemplo, la pena de muerte. Por lo tanto, la disposición mencionada prohíbe la pena de muerte, si se interpreta de modo “evolutivo”; mientras que la permite, si se interpreta de modo “histórico”.

La interpretación evolutiva es claramente “correctora”, pero lo que corrige no es (o no es necesariamente) el significado literal de las palabras, sino el significado “histórico” de las mismas, adaptándolo —por así decirlo— a los tiempos, a las cambiantes circunstancias sociales y culturales.

### *La interpretación evolutiva*

Así pues, puede llamarse evolutiva a la interpretación que, rechazando o, en todo caso, apartándose de anteriores interpretaciones consolidadas, atribuye a un texto normativo un significado nuevo, distinto del que históricamente había asumido.

En general, este tipo de interpretación se basa en la idea de que, al cambiar las circunstancias históricas (sociales, culturales, etcétera) en las que una ley debe ser aplicada, debe cambiar (“evolucionar”) asimismo el modo de interpretarla. En suma, la interpretación evolutiva tiende a adaptar viejas (o relativamente viejas) leyes a situaciones nuevas no previstas por el legislador histórico.

Por esta razón, la interpretación evolutiva no puede argumentarse haciendo referencia a la concreta voluntad “del legislador” (que es, por el contrario, razonamiento fundamental de la interpretación “histórica”). El argumento que más se adecua a la interpretación evolutiva es el de la “naturaleza de las cosas”: la interpretación de la ley debe cambiar cuando cambien las circunstancias en las que la ley debe ser aplicada.

La interpretación evolutiva no es necesariamente extensiva ni necesariamente restrictiva. Su resultado puede ser tanto una extensión cuanto una reducción del campo de aplicación de una determinada ley.

Por ejemplo, es extensiva la interpretación (evolutiva) del artículo 2o. constitucional que incluye, entre los derechos inviolables del hombre, también el llamado derecho a la identidad personal, mientras que es restrictiva la interpretación (también evolutiva) que restringe el significado del vocablo “obsceno” (artículo 528 del Código Penal), excluyendo así que puedan considerarse obscenos los escritos y espectáculos cinematográficos que en el pasado eran considerados como tales.

Cuando se resuelve en una extensión del significado literal de la ley, la interpretación evolutiva puede, algunas veces, argumentarse ulteriormente recurriendo al dogma de la integridad del derecho: si no se extendiese el significado de la ley para cubrir nuevos supuestos de hecho no incluidos en su significado literal (porque no fueron previstos por el legislador histórico), el derecho presentaría lagunas y tales supuestos de hecho carecerían de disciplina jurídica.

# LECTURA 3

Tomada de: Manuel Atienza, "El derecho como argumentación" en *El sentido del derecho*, 2ª ed., capítulo 9, Barcelona, Ariel, 2004, pp. 251-271.

## CAPÍTULO 9

## EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN

**Derecho y argumentación***Perspectivas de análisis del Derecho*

El Derecho —como hemos visto a lo largo de los anteriores capítulos— es un fenómeno muy complejo y que puede contemplarse desde muy diversas perspectivas. En el marco de nuestra cultura jurídica, tres de esos enfoques han tenido, y siguen teniendo, una especial relevancia teórica.

Al primero de ellos se le puede llamar estructural y da lugar a las diversas formas de normativismo jurídico. Lo que se busca es identificar o encontrar, por decirlo con una metáfora, los componentes del edificio jurídico, con lo que se llega a las normas, a los diversos tipos de normas y, eventualmente, a otros enunciados, como los que contienen definiciones o juicios de valor. En ese enfoque se trata básicamente de describir el edificio tal y como es, y no de compararlo con un edificio ideal ni, menos aún, de construir *otro* edificio.

El segundo es un enfoque sociológico, que no ve el Derecho simplemente como lenguaje, como normatividad, sino como realidad social, como comportamiento humano. Lo que importa sobre todo es la funcionalidad del edificio, esto es, para qué sirve cada uno de sus elementos —qué finalidad trata de alcanzar, qué resultados produce de hecho— y para qué sirve, qué lugar ocupa, todo el edificio en el conjunto del que forma parte.

Finalmente, el enfoque valorativo se dirige a mostrar lo que debería ser el Derecho, cuáles son los requisitos del Derecho justo. Es el enfoque del crítico que evalúa una determinada obra de acuerdo con determinados cánones, o del arquitecto que proyecta un edificio, pero que no participa en la ejecución del mismo.

Lo que ahora interesa destacar es la posibilidad de un cuarto enfoque que consiste en ver el Derecho como un intento, una técnica, para la solución de determinados problemas prácticos. Se trata de una visión instrumental, pragmática y dinámica del Derecho que presupone, utiliza y, en cierto modo, da sentido a las anteriores perspectivas teóricas y que conduce, en definitiva, a considerar el Derecho como argumentación. Es, podría decirse, la perspectiva de alguien que no se limita a contemplar el edificio desde fuera o a proyectarlo prescindiendo de los problemas que plantea su ejecución, sino que participa activamente en la construcción y se siente comprometido con la tarea.

*El enfoque  
argumentativo*

En este último enfoque se parte de que nuestras sociedades tienen que hacer frente a una serie de problemas, de conflictos sociales e individuales, que exigen el uso de instrumentos jurídicos. Ahora bien, la intervención del Derecho tiene lugar en diversas instancias, en momentos distintos del desarrollo del conflicto.

Una primera posibilidad de intervención del Derecho en el conflicto social lo ofrece la instancia legislativa, entendida la legislación en un sentido muy amplio. Por ejemplo, frente al problema de las drogas se puede reaccionar endureciendo las penas para los narcotraficantes, introduciendo nuevos tipos penales, etc. Ahora bien, esas medidas no son indiscutibles, en el sentido de que puede pensarse que la mejor forma de combatir el fenómeno de la drogadicción es despenalizar el tráfico de las drogas “blandas” (como ocurre con otras drogas como el alcohol o el tabaco), o que una agravación de la pena (o exigir que los narcotraficantes cumplan íntegramente su condena) es inconstitucional porque se opone al principio de igualdad y a la finalidad resocializadora que debe guiar el cumplimiento de las

penas. Eso quiere decir que la asunción de alguna de esas decisiones exige que se den razones al respecto, esto es, que se argumente —en los foros de opinión pública, en los parlamentos, etcétera— a favor o en contra de las mismas.

Esa intervención del Derecho en el conflicto, sin embargo, no suele ser suficiente ni siquiera en los casos en que el contenido de la medida legislativa se considera justificado, pues pueden surgir dudas al aplicar esas normas a los casos concretos. Por ejemplo, la ley puede haber optado por no castigar el autoconsumo de estupefacientes, pero ¿qué significa exactamente “autoconsumo”?; o puede que haya previsto una agravación de la pena cuando la cantidad de droga sea “de notoria importancia”, pero ¿no es esta última una expresión vaga?, ¿cómo cabría precisarla? La jurisdicción es la instancia encargada de resolver esos, y otros, problemas, pero los jueces no pueden hacerlo —al menos, no pueden en un Estado de Derecho— decidiendo pura y simplemente. Deben motivar sus decisiones, esto es, deben mostrar las razones que permiten justificar su decisión en términos jurídicos: deben, pues, argumentar.

La cosa no se termina todavía aquí. La complejidad del Derecho de nuestras sociedades hace necesario tener que recurrir a especialistas, a expertos en Derecho, que de alguna forma auxilian a los productores y a los aplicadores: así, un aspecto importante de la labor de los numerosos juristas al servicio de la Administración —la que no se resuelve en un trabajo puramente rutinario— consiste en argumentar, en proponer razonadamente el establecimiento de nuevas normas, la supresión de otras...; y la aplicación del Derecho exige, entre otras cosas, el concurso de los abogados, los cuales desempeñan una labor que, en su núcleo, consiste en argumentar: para persuadir al juez, para aconsejar a un cliente, o para alcanzar un acuerdo negociado con el abogado de la otra parte.

Lo que en el capítulo anterior considerábamos como técnicas de segundo grado, la dogmática jurídica y la técnica legislativa, mantienen también una conexión estrecha con la argumentación: su función básica consiste, cabe decir, en suministrar argumentos —por ejemplo, en el caso de la dogmática, argumentos más generales y de porte más sistemático que los

que puedan encontrarse en los escritos de un abogado o en la sentencia de un juez— para la toma de decisiones en esas dos instancias básicas de todo sistema jurídico desarrollado: la producción y la aplicación de normas.

Y, en fin, como todo lo anterior no resulta fácil de manejar, se necesita contar también con una teoría o una filosofía del Derecho capaz de ofrecer una visión de conjunto de todo este complejo panorama y de guiar, de alguna forma, el funcionamiento de las anteriores instancias. Se necesita, por ejemplo, aclarar qué significa argumentar, en qué consiste motivar una decisión, cómo pueden evaluarse los argumentos, etc. La filosofía del Derecho, desde esta perspectiva, tiende a identificarse con la teoría de la argumentación jurídica.

*Explicación  
y justificación*

En el Derecho podemos, pues, distinguir entre las decisiones encaminadas a resolver problemas prácticos y las razones en las que se apoyan esas decisiones. El

Derecho no es, pues, sólo argumentación, pero la práctica consistente en razonar, en justificar esas decisiones, tiene una especial relevancia, en especial en el Derecho del Estado constitucional. Es importante además darse cuenta de que justificar una decisión no es lo mismo que explicarla y de que el razonamiento jurídico es básicamente justificativo.

Explicar una decisión significa en efecto mostrar cuáles son las causas que la motivaron o los fines que se pretenden alcanzar al tomar esa decisión. Justificar, sin embargo, implica ofrecer razones dirigidas a mostrar el carácter aceptable o correcto de esa decisión. Hay muchas acciones, muchas decisiones, que podemos explicar aunque no nos parezcan justificadas: por ejemplo, una ley que defiende los intereses de un cierto sector social (eso es lo que explica su existencia), pero que nos parece contraria a los principios y valores constitucionales (y, en ese sentido, carecería de justificación); o una resolución judicial motivada por el deseo del juez de alcanzar notoriedad social, pero que vulnera el ordenamiento jurídico. Lo que exigimos de los órganos que toman decisiones públicas es que justifiquen sus decisiones; el razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento práctico, no dirigido a explicar, sino a justificar decisio-

nes. Pero explicar y justificar son operaciones que pueden entrecruzarse: lo que muchas veces explica la conducta de un juez que toma una determinada decisión es que ésta es la que él considera justificada de acuerdo con el Derecho. Y un razonamiento que concluye con un enunciado práctico puede exigir como premisa algún enunciado descriptivo de hechos (de carácter, pues, teórico). Por ejemplo, para justificar la decisión consistente en condenar a X a la pena P, el juez construirá un razonamiento de la siguiente forma: “todos los que realicen actos de la clase Y deben ser condenados a la pena P; X ha realizado un acto de la clase Y; por lo tanto, X debe ser condenado a la pena P”; la segunda premisa del argumento es un enunciado teórico, esto es, afirma que ha tenido lugar un determinado acto, y si el juez considera que ese enunciado es verdadero ha de ser porque dispone de razones que explican que efectivamente fue X el que realizó ese acto.

La obligación de justificar las decisiones no es consustancial con la existencia del Derecho. En los Derechos de tipo continental, la obligación —y la práctica— de la motivación de las sentencias (“motivación” significa aquí “justificación”) es un fenómeno reciente. Comienza, cabría decir, en la segunda mitad del XVIII y sufre una aceleración después de la segunda guerra mundial, a medida que se va afianzando el modelo del Estado constitucional. Lo que caracteriza a la primera etapa es que en ella predomina lo que se ha llamado [Taruffo, 1992] la concepción “endoprocesal” de la motivación. La motivación permite que las partes de un proceso se den cuenta del significado de la decisión, puedan eventualmente plantear su impugnación y el juez de apelación pueda valorar también adecuadamente los motivos de la impugnación. En la segunda etapa, a las funciones endoprocesales se añade otra de carácter “extraprocesal” o político: la obligación de motivar es una manifestación de la necesidad de controlar democráticamente el poder del juez. Por lo que se refiere a los sistemas de *common law*, nunca ha habido la obligación —la obligación explícita— de motivar las sentencias, pero la práctica de la motivación comienza ya en el siglo XII y se consolida en el XVI, no como consecuencia de una concepción democrática de la justicia, sino por exigencias del



funcionamiento de ese sistema: el precedente sólo puede funcionar si la razón en la que se basa la decisión (la *ratio decidendi* del caso) se formula de manera explícita. En todo caso, la idea del Estado de Derecho parece implicar la necesidad de que las decisiones de los órganos públicos estén argumentadas. Esto es así porque en el contexto de un Estado de Derecho la justificación de las decisiones no se hace depender sólo de la autoridad que las haya dictado, sino también del procedimiento seguido y del contenido. El Estado de Derecho ofrece, así, mayores oportunidades para la argumentación que cualquier otro tipo de organización del poder. En este sentido puede decirse que la idea regulativa del Estado de Derecho es el sometimiento del Estado, del poder, a la razón, y no de la razón al poder.

### Qué es argumentar

*Argumentación,  
líneas argumentativas  
y argumentos*

Hemos quedado en que la argumentación jurídica tiene básicamente un carácter justificativo. ¿Pero qué significa en general argumentar? ¿Y qué es un argumento?

En principio, argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o de refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales), conectados entre sí de muy variadas formas. Por ejemplo, una sentencia reciente del Tribunal Constitucional español (de 18 de junio de 1999) sobre la constitucionalidad o no de la ley sobre técnicas de reproducción asistida: LTRA) incluye numerosos argumentos parciales: el tribunal entiende que la LTRA en su conjunto no vulnera la reserva de ley orgánica (cierto tipo de derechos sólo pueden regularse mediante este tipo de ley), porque el artículo 15 de la Constitución española (“todos tienen derecho a la vida...”) se refiere a “todos los nacidos”, de manera que la LTRA no desarrolla el derecho fundamental a la vida (lo que regula son “técnicas de reproducción referidas a momentos previos al de la forma-

ción del embrión humano”) y, en consecuencia, no es necesario que adopte la forma específica de ley orgánica (leyes que exigen la mayoría absoluta del Congreso); que permitir a la mujer decidir libremente la suspensión de un tratamiento de reproducción asistida no afecta al contenido esencial del derecho a la vida, ni supone admitir tácitamente un nuevo supuesto de aborto, ya que esa decisión sólo puede tomarla hasta el momento en que se haya producido la transferencia de embriones al útero materno; que permitir la fertilización de cualquier mujer con independencia de que el donante sea su marido o del hecho de que esté o no vinculada matrimonialmente no vulnera el núcleo esencial de la institución familiar, ya que “la familia en su sentido jurídico no coincide con la familia natural” y “la familia protegida constitucionalmente no es únicamente la familia matrimonial”; etcétera.

Todos esos argumentos y muchos otros que cabe encontrar en esa sentencia constituyen una misma argumentación, porque se inscriben dentro de un proceso que comienza con el planteamiento de un problema (si la ley en cuestión es o no constitucional) y termina con una respuesta (básicamente, que la ley es constitucional). De manera que podemos distinguir entre la argumentación en su conjunto, cada uno de los argumentos de que se compone y los conjuntos parciales de argumentos (líneas argumentativas) dirigidos a defender o combatir una tesis o una conclusión (bien tenga carácter intermedio o final). Así, el primero de los argumentos recogidos forma una línea con varios otros dirigidos todos ellos a probar que la ley en cuestión no vulnera la reserva de ley orgánica. Y esa tesis, unida a la de que la LTRA tampoco contradice aspectos concretos de la Constitución, es lo que lleva al Tribunal Constitucional a declarar su constitucionalidad (con excepción de un apartado de la ley de escasa trascendencia).

Embarcarse en una actividad argumentativa significa aceptar que el problema de que se trata (el problema que hace surgir la argumentación) ha de resolverse mediante razones que se hacen presentes por medio del lenguaje: oral o escrito. Argumentar supone, pues, renunciar al uso de la fuerza física o de la coacción psicológica como medio de resolución de conflictos.

Además, en una argumentación —o en un argumento— pueden siempre distinguirse varios elementos: aquello de lo que se parte, las premisas; aquello a lo que se llega, la conclusión; y los criterios que controlan el paso de las premisas a la conclusión, esto es, la inferencia.

*Tres concepciones de la argumentación* No existe, sin embargo, una única manera de entender —y de estudiar— la argumentación y los argumentos. Sin entrar en muchos detalles, podríamos distinguir tres concepciones a las que cabría denominar, respectivamente, formal, material y dialéctica.

La concepción formal de la argumentación es característica de la lógica. La pregunta fundamental aquí es: ¿qué se puede inferir a partir de determinadas premisas? Desde el punto de vista de la lógica deductiva —la lógica en sentido estricto—, un argumento es un encadenamiento de proposiciones: en un argumento deductivamente válido se cumple siempre que si las premisas son verdaderas, entonces también lo es necesariamente la conclusión, en virtud de la forma de los enunciados que lo componen. O, dicho de otra manera, la validez de los argumentos no depende aquí del contenido de verdad o de corrección de las premisas y de la conclusión. Por ejemplo, desde el punto de vista formal, lógico, el argumento: “está prohibido investigar con preembriones humanos que sean viables; los preembriones crioconservados sobrantes de un tratamiento de fertilidad que no tengan defectos morfológicos o genéticos son viables; por lo tanto, está prohibido investigar con ellos” es un argumento válido. Pero también es lógicamente válido este otro argumento, cuya conclusión es la negación del anterior: “está permitido investigar con preembriones humanos que sean no viables; los preembriones crioconservados sobrantes de un tratamiento de fertilidad aunque no tengan defectos morfológicos o genéticos son no viables; por lo tanto, está permitido investigar con ellos”. En ambos casos, la validez de los argumentos descansa en el hecho de que tienen una misma forma lógica: “para todo  $x$ , si  $x$  es  $R$ , entonces  $x$  es  $S$ ; para todo  $x$ , si  $x$  es  $P$  y  $Q$ , entonces  $x$  es  $R$ ; por lo tanto, para todo  $x$ , si  $x$  es  $P$  y  $Q$ , entonces  $x$  es  $S$ ”. Lo único que cambia es el valor de las variables lógicas:  $x$ ,  $P$ ,  $Q$ ,  $R$ ,  $S$ .

Pero formalmente son idénticos: desde un punto de vista estrictamente lógico, no hay razón alguna para preferir uno de los dos; ambos son igualmente válidos, lógicamente perfectos. Esto es así porque la lógica, en realidad, no se interesa por los argumentos en cuanto tales, sino por los esquemas de los argumentos; la lógica permite controlar la corrección de las inferencias (el paso de las premisas a la conclusión), pero desde un punto de vista abstracto, prescindiendo de la validez material de los mismos y de su fuerza de persuasión. Además, la lógica no se refiere a la actividad o al proceso de la argumentación, sino al resultado de ese proceso.

La concepción material de la argumentación lleva a plantear las cosas de manera distinta. La pregunta fundamental aquí es: ¿en qué se debe creer o qué se debe hacer? La argumentación se ve ahora como un proceso consistente en dar *buenas* razones a favor o en contra de alguna tesis teórica o práctica; lo que se persigue no es mostrar si una inferencia es o no válida, sino si existen o no razones para creer en algo o para realizar una determinada acción. Ahora bien, para llegar a una conclusión de ese tipo (por ejemplo, si se trata de un problema práctico, que se debe permitir o prohibir investigar con los embriones sobrantes de un tratamiento de fertilidad) no basta con aducir razones de las cuales se deduzca eso como la conclusión de un razonamiento lógico. O, dicho de otra manera, no basta con que el argumento presente una determinada forma. Se necesita además que lo que las premisas enuncian sea verdadero (esté bien fundado) y que supongan razones relevantes para la conclusión. El centro de gravedad se desplaza, por tanto, de los aspectos formales a los materiales, de la inferencia a las premisas.

Si volvemos a nuestro ejemplo, dado que tenemos dos argumentos lógicamente válidos pero que llevan a conclusiones opuestas (el uno a sostener que no se debe investigar con preembriones sobrantes y el otro a permitirlo), se tratará de ver cuál de los dos conjuntos de premisas resulta mejor fundado, brinda un mejor apoyo a la conclusión respectiva. Ahora bien, dado que la primera premisa de cada argumento está igualmente fundamentada (cada una de ellas puede considerarse como la conclusión lógica de otra premisa común que podría

enunciarse así: “sólo está permitido investigar con preembriones humanos no viables”), la discrepancia se reduciría a lo enunciado en la segunda; exactamente, el problema argumentativo en este caso es de tipo interpretativo: en ambos argumentos se parte de que sólo está permitido investigar con preembriones no viables, pero en un caso se considera “no viables” únicamente a los que tienen ciertos defectos morfológicos o genéticos, mientras que en el otro se añade a la circunstancia anterior el supuesto de que se trate de un preembrión sobrante de un tratamiento de fertilidad y cuyo destino sea la destrucción. La clave de la argumentación consistirá, pues, en las razones —los argumentos— que puedan darse a favor de una u otra interpretación.

Desde la perspectiva de la concepción dialéctica, la argumentación se ve como una interacción que tiene lugar entre dos o más sujetos. La pregunta fundamental aquí es: ¿cómo se puede persuadir a otro u otros de algo? Las actitudes de los participantes en la interacción varían según se trate, por ejemplo, de una disputa en la que cada uno pretende vencer al otro, o de un diálogo racional en el que los participantes intercambian razones con el único propósito de esclarecerse mutuamente y buscar la solución correcta a un problema. Pero, en cualquier caso, la argumentación discurre según ciertas reglas que regulan el comportamiento lingüístico de los participantes —el flujo de los argumentos—, y tiene como finalidad persuadir a un auditorio (el auditorio puede estar constituido por una única persona) para que acepte una determinada tesis.

Si volvemos a nuestro ejemplo, podemos pensar en una situación en la que surge el problema de si se debe permitir o no investigar con preembriones humanos sobrantes de un tratamiento de fertilidad. Lo que ha desencadenado la discusión es el hecho de que la LTRA establece en uno de sus artículos que ese tipo de investigación sólo puede hacerse con “preembriones no viables”. A y B discuten entre sí a propósito de cómo debe entenderse “no viables”. El diálogo podría discurrir así:

A: Cuando la ley habla de “preembriones no viables” se refiere exclusivamente a no viabilidad por razones biológicas. Los debates par-

lamentarios previos a la aprobación de la ley muestran también que ése fue el propósito del legislador.

- B: El criterio interpretativo que sugieres no es aquí adecuado. Entre otras cosas, porque el legislador no fue consciente del problema que iba a plantearse con los embriones sobrantes. Además, las normas deben interpretarse de acuerdo con los fines y con los valores que tratan de alcanzar o de asegurar, y la interpretación amplia que propongo es la que se ajusta mejor a esos valores: evita que se dé prioridad a la destrucción de embriones frente a su uso para fines de investigación serios.
- A: Pero eso supone apartarse de lo que dice la ley. Hasta el Tribunal Constitucional, en la sentencia en la que aborda la posible inconstitucionalidad de la LTRA, utiliza una concepción exclusivamente biológica de la viabilidad.
- B: Es cierto lo que dices sobre el Tribunal Constitucional. Pero en esa sentencia no se aborda el problema que aquí nos ocupa, el de si se puede investigar o no con preembriones humanos sobrantes. Si se lo hubiera planteado, yo creo que el tribunal sería de mi misma opinión.
- A: Eso es imposible de saber, así es que no hace aquí al caso. Por otro lado, tu planteamiento es muy peligroso: se empieza por considerar como no viables a embriones que, sin embargo, tienen viabilidad biológica, y se termina por declarar no viables a personas con determinadas enfermedades o características para poder investigar con ellas.
- B: Lo que acabas de decir me sorprende, porque no es más que una falacia, la de la “pendiente resbaladiza”. Por supuesto, en algún contexto podría servir (podría ser un argumento válido), pero no aquí, sencillamente porque ambos pensamos que no hay razones éticas para prohibir investigar con preembriones sobrantes. El problema lo tenemos porque la ley no previó ese caso.
- Etcétera.

*Buenos argumentos y argumentos falaces* Cada una de esas tres concepciones nos suministra criterios de lo que cabría llamar una “buena argumentación”, pero también nos ofrece la posibilidad de detectar las falacias, esto es, la existencia de malos argumentos que parecen buenos. Se podría así clasificar las falacias en formales, materiales y dialécticas, según que infrinjan alguna de las reglas de la buena argumentación características de cada concepción.

Por ejemplo, cometería una falacia de tipo formal el que argumentara de la siguiente forma: “está permitido investigar con preembriones no viables; un óvulo no es un preembrión no viable; por lo tanto, no está permitido investigar con óvulos”. El “error” consiste aquí en haber interpretado que en la primera premisa se establece que algo es condición necesaria para otra cosa (que **sólo** se puede investigar, en el contexto de uso de las técnicas de reproducción humana asistida, con preembriones no viables), y no una simple condición suficiente.

Un ejemplo de falacia material podría ser éste: “La prohibición que establece la ley de investigar con preembriones viables alcanza a los preembriones sobrantes de un tratamiento de fertilidad, si éstos no presentan ningún defecto de carácter biológico, y aunque se sepa que su destino es la destrucción. No podemos retorcer las palabras; no podemos hacer que “no viables” signifique lo que no significa. Los preembriones que biológicamente tienen la capacidad de desarrollarse no pueden ser no viables. No hay ninguna otra forma de entender esa palabra”. El error, en este caso, es una especie de esencialismo lingüístico que pretende que hay un significado verdadero o esencial de las palabras, que las palabras son el reflejo de algún tipo de realidad preexistente. Por el contrario, lo cierto es que el significado de las palabras es convencional y cambia según los contextos: nada impide (por lo menos, nada lo impide por razones lingüísticas) que el significado de “preembriones no viables”, en el contexto de la LTRA, incluya también a los preembriones sobrantes que, sin tener ningún defecto de tipo biológico, sin embargo no van a ser utilizados en un tratamiento y, por tanto, nunca van a llegar a desarrollarse como un embrión.

Finalmente, en el ejemplo que se ha puesto de argumentación dialéctica, A incurría en la falacia de la “pendiente resbaladiza”, porque al alegar que si se permite (jurídicamente) investigar con preembriones humanos, existe el riesgo de que se acabe por permitir investigar con personas discapacitadas, se incumplen varias de las reglas de la discusión racional: entre otras cosas, el argumento no parece sincero si el que lo esgrime ha aceptado que, desde el punto de vista moral, no hay razón para prohibir investigar con preembriones sobrantes.

No siempre es fácil detectar la existencia de una falacia, y muchas veces es discutible si el argumento es o no falaz. En general, un mismo argumento —una misma manera de argumentar— puede o no ser falaz dependiendo del contexto. Así, en los ejemplos anteriores, la primera falacia no lo sería si la frase ambigua “está permitido investigar con preembriones no viables” puede entenderse —por razones del contexto— como “sólo está permitido investigar con preembriones no viables”. Por otro lado, está claro que hay casos en que está justificado efectuar una interpretación restrictiva del significado de un término: por ejemplo, si se trata de una norma penal, una norma que establece que cierto tipo de acción es un delito que debe castigarse con una determinada pena. Y otro tanto puede decirse de las “pendientes resbaladizas”: así, muchos bioéticos consideran que se debe prohibir investigar con preembriones después de los 14 días (a partir de ese momento se habla de “embriones”), no porque al hacerlo se infrinja un principio moral, sino por el temor de que si no se prohibiera eso, se podría llegar a realizar investigaciones realmente cuestionables desde el punto de vista moral.

### La argumentación jurídica

#### *Argumentación jurídica y argumentación judicial*

Las tres concepciones juegan un papel importante en la argumentación jurídica. Así, en el ejemplo de la constitucionalidad de la LTRA, el Tribunal Constitucional presenta su tesis como la conclusión lógica de una serie de premisas previas (algunas de ellas de carácter implícito). Además, esas premisas son tomadas como enunciados verdaderos (los que se refieren a cuestiones fácticas) o correctos (los que suponen juicios normativos o valorativos) y, de hecho, una parte importante (quizás la más relevante) del esfuerzo argumentativo del tribunal está dirigido a mostrar esto último. Y, naturalmente, el Tribunal Constitucional pretende que lo que sostiene en esa sentencia resulte aceptable para los demás, para la comunidad jurídica. Esto es así, porque en el Derecho no importan únicamente los valores formales (la previ-



sibilidad de las decisiones, la seguridad jurídica), sino también valores materiales (como la verdad y la justicia), y valores políticos (la aceptabilidad, el consenso).

Como antes veíamos, la necesidad de argumentar en el Derecho se da en todas las instancias que habíamos diferenciado y, en particular, tanto en la aplicación como en la producción del Derecho. El hecho de que se atribuya una especial importancia a la argumentación judicial —a la motivación de las sentencias— se debe básicamente a que los jueces (a diferencia de los legisladores e, indirectamente, de los órganos superiores de la Administración) no son elegidos democráticamente; la legitimidad de su poder no depende de su origen, sino exclusivamente de su ejercicio, de las razones que puedan aducir para justificar sus decisiones.

*Casos fáciles  
y casos difíciles*

Usualmente, se hace una distinción entre casos fáciles y casos difíciles. En los casos fáciles, la justificación de las decisiones judiciales —se dice— es únicamente una cuestión de lógica, de lo que suele llamarse “justificación interna” o justificación deductiva; una decisión como “condeno a Y a la pena P” se justifica a partir de una argumentación deductiva (el llamado “silogismo judicial”) que tendría la forma antes mencionada: “todo el que realice actos de la clase X debe ser condenado a la pena P; Y ha realizado un acto de la clase X; por lo tanto, Y debe ser condenado a la pena P”. Sin embargo, esto no significa que las otras dos concepciones de la argumentación no jueguen en estos casos ningún papel; lo juegan, pero de manera simplemente implícita: los casos fáciles son aquellos en los que se parte de premisas que no son discutidas (y de ahí que no sea necesario presentar argumentos para avalarlas) y que, por tanto, producen conclusiones aceptables sin necesidad de mayor esfuerzo argumentativo.

Pero no todos los casos que se presentan a los jueces tienen esas características. Si partimos del esquema anterior, en el que hay una premisa normativa y una premisa fáctica, las dificultades pueden venir de una o de otra, esto es, puede haber casos difíciles por razones normativas o por razones de hecho [MacCormick, 1978]. En el primer supuesto, a su vez, se puede

tratar de *problemas de relevancia*: cuando existen dudas sobre si hay o sobre cuál es la norma o normas aplicable(s) al caso; o de *problemas de interpretación*: cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse alguno de los términos que figuran en la norma aplicable. Y en el segundo supuesto, puede tratarse de *problemas de prueba*, que se plantean cuando existen dudas sobre si ha tenido o no lugar un determinado hecho; o *problemas de calificación*, que surgen cuando las dudas se refieren a si un determinado hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto que se contiene en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de una norma. Naturalmente, muchos casos difíciles son casos complejos que plantean dificultades tanto de tipo fáctico como normativo, y en ocasiones (como, por ejemplo, a propósito de los problemas de calificación) es discutible si se trata de una cuestión normativa o fáctica. Pero, a pesar de todo, esa distinción es importante tanto por razones teóricas como prácticas: la argumentación jurídica tiene características distintas según se trate de problemas de hecho o de cuestiones normativas; y las posibilidades de recurrir una decisión judicial son, en general, mayores cuando lo que se discute es una cuestión normativa. De ahí la especial importancia que tiene la argumentación normativa en la práctica de los tribunales superiores, aunque, en el conjunto de las decisiones judiciales, lo que genera con mayor frecuencia la necesidad de argumentar son cuestiones de hecho (o sea: si efectivamente ocurrió tal y cual hecho).

Así como en los casos fáciles la concepción material y la concepción dialéctica de la argumentación no deja de estar presente, en los casos difíciles la lógica sigue jugando un papel muy importante. Lo que ocurre es que aquí no basta con la “justificación interna”, sino que a ella hay que añadirle la “justificación externa”, esto es, se necesita ofrecer razones a favor de la premisa normativa o de la premisa fáctica, y razones que no pueden tener un carácter puramente formal, lógico. Lo que en último término presta apoyo a una premisa es una determinada teoría sobre las fuentes del Derecho, sobre la interpretación, sobre la valoración de la prueba... y, en términos más generales, una determinada concepción de la racionalidad prácti-

ca que hará uso de criterios como la universalidad, la coherencia, la adecuación de las consecuencias o el consenso. La universalidad implica que si en las circunstancias C se ha tomado la decisión D, entonces siempre que se den esas circunstancias u otras esencialmente equivalentes deberá decidirse en la forma D. La coherencia supone que si, por ejemplo, una decisión se basa en haber interpretado una norma de una cierta forma o en entender como probado un hecho dadas determinadas circunstancias, esa interpretación tiene que ser conforme (o ser la más conforme) con los principios y valores del sistema, y el juicio de hecho con las leyes científicas y las máximas de experiencia que rigen en el mundo. La adecuación de las consecuencias de una decisión habrá de evaluarse de acuerdo con alguna concepción como el utilitarismo de actos o de reglas. Y el criterio del consenso puede entenderse en el sentido del consenso racional de Habermas: una decisión está justificada si ésta es a la que se habría llegado por consenso en una situación ideal de diálogo.

*De nuevo la moral* Como se ve, la argumentación jurídica implica la utilización de criterios morales dentro de los límites establecidos por el Derecho, los cuales, en los Estados constitucionales, suelen ser muy amplios, pues los principios constitucionales —como ya se ha visto— vienen a ser una juridificación de la moral. Y eso ocurre tanto en los casos difíciles como en los casos fáciles. En estos últimos, el papel de la moral pasa más inadvertido, pero resulta también esencial: si un caso lo consideramos fácil es, entre otras cosas, porque se presupone que el juez tiene la obligación de aplicar (de usar como premisa en su argumentación) el Derecho vigente; ahora bien, esa obligación —como ya sabemos— puede hacerse derivar de la regla de reconocimiento del sistema, pero la aceptación de esta última exige necesariamente razones morales.

La existencia de esta estrecha vinculación entre el Derecho y la moral no significa que el Derecho (de los Estados constitucionales) pueda verse sin más como una emanación de la racionalidad práctica. Los límites de la racionalidad jurídica, en relación con la práctica judicial, pueden encontrarse, al menos, en estos tres aspectos: en primer lugar, no parece que pueda hablarse

siempre de una única respuesta correcta para cada caso jurídico; a partir de los anteriores criterios de racionalidad se pueden justificar a menudo diversas respuestas incompatibles entre sí. En segundo lugar, aceptar lo anterior no quiere decir tampoco que exista siempre *al menos* una respuesta correcta; al lado de los casos difíciles y de los casos fáciles habría que introducir una tercera categoría: la de los casos trágicos, que serían aquellos que no pueden resolverse respetando tanto el Derecho establecido como los principios de la justicia; o dicho en forma quizás más simple: no siempre es posible hacer justicia por medio del Derecho. Y, en fin, en tercer lugar, parece que hay que reconocer que en la aplicación del Derecho no sólo se tiene necesidad de la razón, sino también de los sentimientos, de las pasiones: para ser un buen juez no basta con tener capacidad argumentativa (y con conocer el Derecho vigente), sino que además deben tenerse otras cualidades como sentido de la justicia, compasión o valentía.

### Sobre la interpretación

*Qué es interpretar* La interpretación juega en el Derecho un papel central. Tan central, que algunos autores (como, recientemente, Dworkin y, en general, los filósofos hermenéuticos) presentan el Derecho como “una práctica social compleja” que consiste básicamente en interpretar: el Derecho no es simplemente algo dado *a priori* en las leyes, en las sentencias, etc. (eso serían más bien las fuentes del Derecho), sino la práctica consistente en atribuir sentido a esos materiales. Naturalmente, esta última afirmación supone entender la interpretación en un sentido mucho más amplio del que antes hemos utilizado al hablar de “problemas interpretativos”; en un caso (en el uso por parte de los hermenéuticos), interpretar significa algo así como entender, atribuir un sentido a alguna entidad que no sea un objeto natural (y de ahí que se pueda hablar de interpretar a propósito de acontecimientos históricos, de comportamientos o de textos); en el otro, la interpretación hace referencia a la atribución de un significado a un texto problemático, esto es, a un texto

cuyo significado es dudoso. Veamos con un poco de detalle qué problemas plantea la interpretación en este último sentido que es, también, el sentido usual que tiene en la teoría y en la práctica del Derecho.

Entendida en este sentido estricto, la interpretación es una operación que consiste en pasar de unos enunciados a otros. Lo que permite dar ese paso es lo que podemos llamar “enunciado interpretativo”. Así, respecto a la interpretación que el Tribunal Constitucional hacía del art. 15 de la Constitución, cabría distinguir:

1. “Todos tienen derecho a la vida”;
2. “‘Todos’, en el artículo 15, significa todos los nacidos”;
3. “Todos los nacidos tienen derecho a la vida.”

(1) es el enunciado a interpretar; (3) el enunciado interpretado; y (2) el enunciado interpretativo. La operación de interpretar supone una relación entre un texto previo, un sujeto (el intérprete) y un nuevo texto, y se lleva a cabo cuando el significado del texto previo (el material del que parte el jurista para resolver un problema) es dudoso. Ahora bien, lo que hace que surjan esas dudas son los siguientes factores (o una combinación de ellos): el autor del texto ha empleado alguna expresión imprecisa (problemas de ambigüedad y de vaguedad); no es obvio cómo ha de articularse ese texto con otros ya existentes (problemas de lagunas y contradicciones); no es obvio cuál es el alcance de la intención del autor (la relación entre lo dicho —lo escrito— y lo que se quiso decir); es problemática la relación existente entre el texto y las finalidades y propósitos a que el mismo ha de servir (con relativa independencia de lo que haya querido el autor); es dudoso cómo ha de entenderse el texto de manera que sea compatible con los valores del ordenamiento.

*Métodos interpretativos* La cuestión que se le plantea entonces al intérprete (bien sea un órgano aplicador, un teórico del Derecho o un simple particular) es la de cómo justificar el enunciado interpretativo (2), y cómo dar el paso al enunciado interpretado (3). Ahora bien, puesto que el paso de (1) y (2) a (3) no

parece plantear problemas (es un paso meramente deductivo) en lo que habrá que fijarse es en la justificación de (2). La respuesta a ese problema son los llamados métodos, cánones, técnicas o directivas de interpretación, que suelen cumplir tanto una función heurística (muestran cómo llegar a formular (2) como justificativa (sirven de justificación a esa formulación). Esas reglas pueden, a su vez, clasificarse en reglas de primer y de segundo grado. Las de primer grado establecen cómo justificar (2); las de segundo grado, cómo usar las anteriores: por ejemplo, qué hacer cuando existen varias reglas de primer grado concurrentes y contradictorias.

De acuerdo con la tipología de problemas interpretativos anteriormente efectuada (y que, con pocos matices de diferencia, es la que se encuentra tanto en textos de Derecho positivo como en las obras de dogmática o de teoría del Derecho de los sistemas de *civil law* o de *common law*), las reglas de primer grado podrían clasificarse en: lingüísticas, sistemáticas, pragmáticas, teleológicas y valorativas. Un ejemplo de regla lingüística: “las palabras deben entenderse en su sentido usual”; de regla sistemática: “una palabra o un enunciado debe entenderse de manera que se evite que lo dicho en ese texto sea contradictorio con lo enunciado en otro del mismo sistema”; de regla pragmática: “para aclarar el significado de un texto debe acudir a la exposición de motivos de la ley de la cual forma parte”; de regla teleológica: “si el fin de la ley era alcanzar un fin F, el texto debe interpretarse de manera que no se frustré ese objetivo”; de regla valorativa: “una norma no debe interpretarse de manera que suponga un menoscabo para algún valor constitucional”.

Ahora bien, esas reglas, como se ha dicho, pueden conducir en muchos casos a resultados opuestos. Por ejemplo, en el caso de la constitucionalidad de la LTRA, los partidarios de la interpretación más restringida se apoyaban —cabría decir— en criterios de tipo lingüístico y pragmático, mientras que los otros acudían a criterios teleológicos y valorativos. Lo decisivo para resolver la cuestión son, pues, las reglas de prioridad, o sea, las reglas de segundo grado que establecen qué criterios deben prevalecer sobre otros y en qué condiciones. Y esto, a su vez, requiere remontarse a alguna teoría de la interpretación.

### *Teorías de la interpretación*

En términos muy generales, las teorías de la interpretación jurídica [v. Guastini 2000] pueden clasificarse en torno a dos grandes ejes. Uno de ellos lleva a contraponer las teorías formalistas a las realistas o escépticas: Las primeras entienden que interpretar consiste en “descubrir” el significado de un texto, de manera que los enunciados interpretativos pueden ser verdaderos (si reflejan ese significado) o falsos. Para los segundos, el intérprete no descubre, sino que crea el significado de un texto (y de ahí que no tenga sentido decir que un enunciado interpretativo es verdadero o falso). Y hay una teoría intermedia que sostiene que, en algunos supuestos (los casos claros o fáciles) tiene sentido hablar de descubrir un significado, mientras que en otros (los casos difíciles), lo que se hace es adjudicar o crear un sentido.

La otra contraposición es la que tiene lugar entre las teorías subjetivistas y las objetivistas o, como hoy se suele decir (por influencia de la obra de Dworkin) entre las teorías intencionalistas y las constructivistas. Los intencionalistas sostienen que interpretar consiste básicamente en descubrir los motivos o la intención de un autor (como ocurre cuando, en una conversación, tratamos de entender, de interpretar, lo que otro nos está diciendo). Por el contrario, los constructivistas (como Dworkin) sostienen que interpretar, en el contexto de una práctica social como el Derecho, consiste en mostrar el objeto interpretado bajo su mejor perspectiva. Por ejemplo, en relación con el problema que planteaba la LTRA: qué interpretación del texto en cuestión permite que —sin distorsionar el objeto, la ley aprobada por el parlamento— dicha ley pueda aparecer como la mejor posible, teniendo en cuenta cuáles son los objetivos que se tratan de alcanzar y los valores que hay que proteger. Por supuesto, también aquí pueden encontrarse posiciones intermedias que, de alguna forma, tratan de conciliar esos dos extremos, cada uno de los cuales representa una exigencia distinta de los Estados de Derecho: la concepción intencionalista parece adecuarse a la dimensión de autoridad que supone el imperio de la ley y la división de poderes; y la concepción constructivista, a la dimensión valorativa encarnada en la prohibición de ar-

bitrariidad de los órganos administrativos y en la protección de los derechos y de las libertades fundamentales. Quizás pudiera decirse que en la primera de esas dimensiones (en la autoridad) se encuentra la explicación de por qué la interpretación es tan importante en el Derecho, mientras que, por ejemplo, no lo es en la moral. Y en la segunda (en la dimensión valorativa), la respuesta al para qué interpretar. La obediencia al legislador, en definitiva, puede ser el límite, pero no el objetivo de la interpretación.





## EJERCICIOS

1. Elabore un cuadro comparativo en donde se pueda distinguir los diferentes usos del vocablo *interpretación*.

2. Explique las consecuencias de adoptar un modelo de interpretación restringido o de utilizar un modelo de interpretación amplio en el ámbito de los derechos humanos, por ejemplo, en la interpretación del primer párrafo del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José", que establece:

### ARTÍCULO 8°. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

a) ¿Qué podría significar el concepto *debidas garantías*? ¿sólo las que contempla la Convención en su artículo 8°?

b) ¿Qué significa *plazo razonable*? Investigue en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cómo se ha interpretado la noción de *plazo razonable*.

3. Explique el proceso para la decisión judicial, en relación con los conceptos de interpretación y aplicación.

4. Elabore los enunciados interpretativos posibles del texto del artículo 13, acerca de la libertad de expresión, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

#### ARTÍCULO 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

a) ¿La libertad de expresión comprendería, de acuerdo con algún posible enunciado interpretativo, el derecho de acceso a la información?

b) Mediante un enunciado interpretativo, ¿podría alegarse que el daño del honor de los diputados de un Estado es una limitación válida a la libertad de expresión por razones de seguridad nacional?

5. En los ejemplos anteriormente analizados, explique cómo podrían incidir las distintas teorías de la argumentación analizadas en las lecturas.

6. En los ejemplos antes estudiados intente formular enunciados interpretativos basados en una interpretación literal y otros en relación con una interpretación declarativa. Puede buscar en los trabajos preparatorios de la CADH para alcanzar esta última.

7. Desarrolle un cuadro que explique los distintos argumentos utilizados en el marco de la interpretación extensiva.

8. De acuerdo con los ejemplos analizados en los puntos tercero y sexto de este módulo, ¿cómo podría desarrollarse una propuesta de interpretación sistemática?

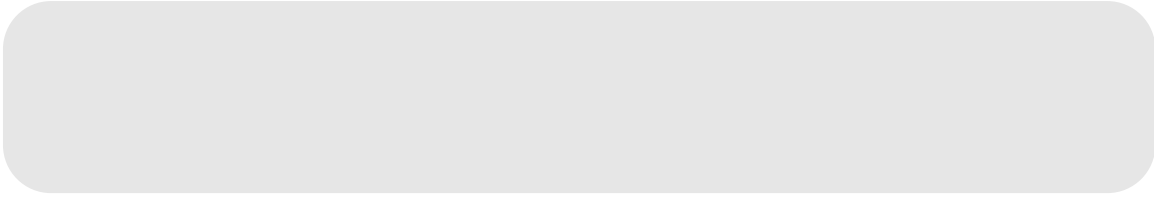
9. Explique, con base en esos mismos ejemplos, cuál podría ser una propuesta de interpretación evolutiva.

10. Intente construir un enunciado interpretativo que reconozca dentro del derecho a la libertad de expresión el derecho de acceso a la información.

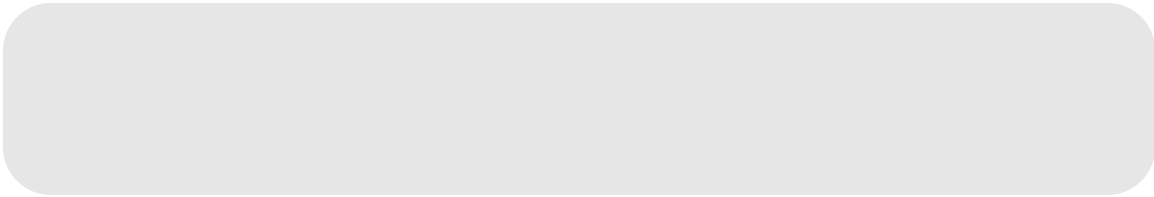
a) Formule algunas líneas argumentativas que sustentarian su enunciado interpretativo.

b) Formule una serie de argumentos que nieguen el alcance del derecho de acceso a la información como parte de la libertad de expresión reconocida en el artículo 13 de la CADH.

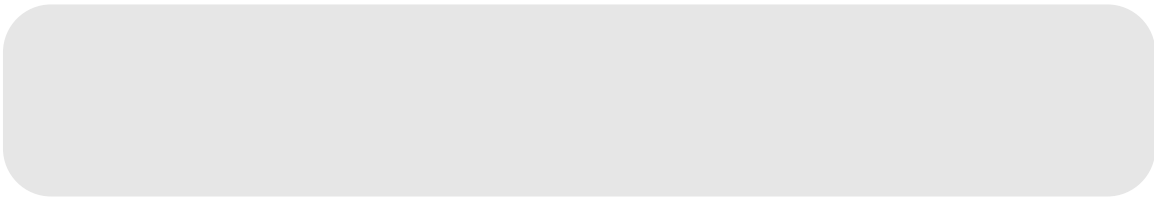
11. Formule un silogismo deductivo de acuerdo con la concepción formal de la argumentación.



12. Identifique las premisas de su silogismo y justifíquelas con base en el modelo de la argumentación material.



13. Explique si los casos resueltos en el presente módulo pueden denominarse casos fáciles o casos difíciles. Si se trata de estos últimos, explique cuál es el problema en que se debe poner atención de acuerdo con la teoría de Neil MacCormick.





## AUTOEVALUACIÓN

1. Cuando se considera que la interpretación sólo se lleva a cabo en los casos difíciles, se acude a:
  - a) Un concepto amplio de interpretación
  - b) Una definición clara de interpretación
  - c) Un concepto restringido de interpretación
  - d) Un concepto tradicional de interpretación
  
2. Es el tipo de definición que se identifica con el discurso descriptivo de interpretaciones, el cual no constituye una interpretación en sentido estricto, en virtud de que únicamente se describen las definiciones o significados que otros autores han propuesto para un texto normativo.
  - a) Definición estipulativa
  - b) Definición lexical
  - c) Definición gramatical
  - d) Definición literal
  
3. De acuerdo con el tipo de intérprete, esta interpretación se distingue porque sus afirmaciones se consideran una *decisión* con carácter vinculatorio y en ésta se atiende a los hechos con relación al derecho.
  - a) Interpretación oficial
  - b) Interpretación auténtica
  - c) Interpretación doctrinal
  - d) Interpretación judicial

4. Tipo de interpretación que modifica la *voluntad del legislador* y es distinta de aquella que considera que los términos tienen un significado propio que únicamente debe descubrirse.
- a) Interpretación correctora
  - b) Interpretación literal
  - c) Interpretación declarativa
  - d) Interpretación auténtica
5. Tipo de interpretación que amplía el significado literal de los términos, incluyendo supuestos de hecho; en ocasiones se puede confundir con la creación de una norma nueva porque entre esta última y aquella únicamente hay una diferencia de grado.
- a) Interpretación declarativa
  - b) Interpretación a literal
  - c) Interpretación extensiva
  - d) Interpretación por disociación
6. Es la interpretación que se le da a una disposición al momento de interpretarse, distinta a la que tuvo originalmente cuando fue elaborado el texto normativo.
- a) Interpretación evolutiva
  - b) Interpretación histórica
  - c) Interpretación adecuadora
  - d) Interpretación sistemática
7. Una proposición o enunciado normativo puede entenderse como:
- a) Un sinónimo de norma jurídica
  - b) Un concepto que permite afirmar una forma o manera particular de interpretar una denominada disposición normativa
  - c) Un enunciado de hecho
  - d) Una norma moral
8. Uno de los principales motivos para la evolución de la teoría de la argumentación lo constituye la pretensión de:
- a) Aumentar la subjetividad de la función judicial
  - b) Hacer más compleja la labor de las y los litigantes
  - c) Alcanzar la única solución posible
  - d) Reducir la subjetividad en la interpretación del derecho a partir de incorporar herramientas racionales

9. El denominado contexto de descubrimiento es el que:

- a) Se refiere a la explicación de alguna cuestión
- b) Se refiere a la justificación de los argumentos
- c) Se refiere a la metafísica de los argumentos
- d) Intenta descubrir nuevas palabras en un idioma

10. El denominado contexto de justificación es el que:

- a) Se refiere a la explicación de alguna cuestión
- b) Se refiere a la justificación de los argumentos
- c) Se refiere a la metafísica de los argumentos
- d) Intenta descubrir nuevas palabras en un idioma





## MÓDULO IV

# Aplicación práctica del marco jurídico nacional e internacional de los derechos humanos

### OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Ubicar y desarrollar distintas estrategias para articular los estándares internacionales de protección a los derechos humanos con el trabajo de defensa de la CDHDF mediante el uso de la jurisprudencia derivada de los casos presentados en los sistemas universal e interamericano, así como de las observaciones generales, los informes de los mecanismos especiales de promoción y protección de los derechos humanos y las opiniones consultivas.
- Conocer las reglas de interpretación de los tratados internacionales de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y los tratados internacionales de derechos humanos.
- Identificar los principales retos para la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos y de otras fuentes internacionales en México.





## SÍNTESIS

### La aplicación judicial del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)

Todo defensor de derechos humanos debe tener un adecuado conocimiento de los derechos garantizados por el derecho internacional en materia de derechos humanos. El entendimiento de estas normas es pertinente debido a que ellas representan obligaciones jurídicas del gobierno y, por lo tanto, fijan las bases que permiten exigir el respeto a los derechos humanos por parte del gobierno y de otros participantes.<sup>1</sup>

Para que el ordenamiento internacional surta sus efectos es indispensable su aplicación judicial con el fin de que cumpla con su objetivo de garantizar el debido respeto a los derechos humanos en toda circunstancia. La aplicación judicial del DIDH no debe limitarse a los textos internacionales que son obligatorios para los Estados; es necesario referirse a sus presupuestos, a sus características particulares, al contexto de su aplicación –que determina en gran medida su interpretación– y a los obstáculos objetivos y subjetivos que limitan la aplicación del DIDH (Del Toro, p. 538).

Dentro de los presupuestos de aplicación judicial del DIDH están los aspectos legales y los derivados de la práctica judicial. Los aspectos legales se refieren a las condiciones normativas necesarias para que su aplicación sea posible en un Estado; o sea, que exista una norma internacional o consuetudinaria que sea obligatoria para este Estado. En los aspectos derivados de la práctica judicial es necesario que la o el juez tenga conocimiento de la existencia vinculante de estas normas, así como de sus criterios de interpretación, modalidades y posibilidades de aplicación, que esté consciente de las obligaciones derivadas de su aplicación y de las consecuencias de una aplicación incorrecta en tér-

---

<sup>1</sup> "Capítulo III. Normas internacionales aplicables sobre derechos humanos y derecho humanitario: marco general", en OACNUDH, *Manual de capacitación para la fiscalización de los derechos humanos*, Nueva York y Ginebra, OACNUDH (Serie de Capacitación Profesional, núm 7), 2001, pp. 29 y 30, disponible en <[www1.umn.edu/humanrts/monitoring/Sindex.html](http://www1.umn.edu/humanrts/monitoring/Sindex.html)>, página consultada el 28 de mayo de 2010.

minos de responsabilidad internacional. A esto contribuye la contemplación de criterios derivados de la jurisprudencia internacional y comparada.

Para poder aplicar el DIDH judicialmente es necesario conocer los siguientes principios:

- 1) Principio *pro homine* o *pro persona*,
- 2) Principio de interpretación evolutiva,
- 3) Principio de interpretación conforme,
- 4) Principio de la posición preferente de los derechos humanos, y
- 5) Principio de maximización de los derechos y estándar mínimo.

Asimismo, también debe tomarse en cuenta el contexto y los obstáculos para su aplicación, que puedan derivar de: *a)* una legislación deficiente o de la falta de ésta, *b)* la práctica judicial o un criterio reiterado y obligatorio que limite la aplicación del DIDH; *c)* la interferencia indebida de otros órganos del Estado en la práctica judicial; *d)* la reticencia judicial a aplicar las normas por consideraciones políticas, o *e)* razones ideológicas.

Cabe señalar que no es suficiente con ratificar tratados o introducir reformas legislativas, sino que también se debe promover el estudio y la reflexión sobre el tema en los ámbitos judicial y académico.

### **Texto y contexto de la aplicación judicial del DIDH**

La consagración de los derechos humanos como fundamento de toda organización estatal supone la construcción de un modelo garantista, diseñado para la protección y el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. La apertura constitucional es notoria en muchos Estados que conforman la comunidad internacional. En este sentido, la idea de los operadores jurídicos respecto de los derechos humanos está determinada por su contexto histórico. La Constitución es texto y contexto, y sólo la armonización de estos dos elementos permite comprender cabalmente las funciones de los operadores y del propio ordenamiento jurídico (Del Toro, pp. 541, 543 y 544).

La aplicación e interpretación por parte de las y los jueces nacionales de las normas del derecho internacional público, así como de las de DIDH, dependen de circunstancias como la jerarquía constitucional de las normas internacionales, el modelo de recepción del orden constitucional en el derecho interno, los tratados ratificados por los Estados, las reservas y declaraciones interpretativas realizadas a los mismos, la naturaleza de las obligaciones, la naturaleza autoejecutable o no de las normas internacionales, el conocimiento de las normas internacionales y de sus criterios de interpretación por parte de las y los jueces nacionales, y el grado de apertura de éstos en temas de derecho internacional y de relaciones exteriores (Del Toro, p. 544).

Con base en el principio de unidad estatal, las actuaciones de las y los jueces nacionales, como agentes del Estado e integrantes de uno de sus tres poderes, comprometen la responsabilidad estatal cuando son contrarias a las obligaciones derivadas de los compromisos internacionales adquiridos por el país (Del Toro, p. 546).

La efectividad de los recursos puede depender de las prácticas y condiciones en que se desarrolla el derecho interno. Las garantías judiciales y el derecho a un recurso efectivo son los principales parámetros de valoración de la conducta judicial, por lo que el incumplimiento de las garantías o la ineficacia de los recursos internos derivan en la responsabilidad internacional por parte del Estado (Del Toro, p. 547).

Las y los jueces nacionales tienen un papel fundamental en el proceso internacional de protección de los derechos humanos. En muchas ocasiones depende de ellos que un caso llegue a una instancia internacional, pues se convierten en garantías últimas en el plano nacional y son piezas clave para el agotamiento de los recursos internos. Los tribunales internacionales o los mecanismos cuasi judiciales son complementarios y no sustituyen a las autoridades nacionales (Del Toro, pp. 547 y 548). En la nueva orientación de la interpretación hacia la mejor defensa de los derechos humanos, la jurisprudencia internacional puede resultar de gran valor.

### **El contexto histórico y cultural de la aplicación judicial del DIDH**

El contexto de la aplicación judicial del derecho está determinado por su momento histórico. En la actualidad las y los jueces se encuentran en un escenario cambiante y complejo, determinado –al menos– por cuatro fenómenos globales: la mundialización o la globalización, la internacionalización de los derechos humanos, el (neo)constitucionalismo democrático y la judicialización (Del Toro, p. 550).

En el ámbito de los derechos humanos las y los jueces cumplen una función de garantía y de control de los poderes públicos. El auge de la jurisprudencia internacional y su incorporación en el plano interno han motivado el crecimiento del diálogo vertical y horizontal.

### **Retos de la aplicación judicial del DIDH**

Para el Poder Judicial, los retos en la aplicación del DIDH se definen a partir de su papel como órgano de garantía de los derechos humanos: las y los jueces son mecanismos de control de los poderes públicos y de los poderes privados. Al interpretar éstos reducen la complejidad de la inflación legislativa y de la juridización de la vida social. Es necesario que la o el juez considere el ejercicio de su función a partir del contenido material del ordenamiento y de su compromiso de garantizar la apertura y la transformación del derecho constitucional. Asimismo, hay que señalar que toda actuación de las y los jueces debe desarrollarse en un marco de respeto a las garantías judiciales y a las normas del debido proceso (Del Toro, pp. 554-555).

#### *Principales deberes del juez conforme al DIDH*

El Estado se encuentra obligado a cumplir con los deberes principales de respeto y garantía. Respetar implica una obligación general de no vulnerar los derechos humanos. La obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos abarca los siguientes deberes:

### *Deber de prevenir las violaciones a los derechos humanos*

Está ligado a la obligación general de adecuar el orden interno por medio de la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a los derechos humanos, así como de la expedición de normas y del desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de tales derechos. De esta manera, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) trata acerca de un plazo razonable en el cual debe resolverse un caso. Este plazo razonable es desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en tres elementos:

- a) complejidad del asunto,
- b) actividad procesal del interesado, y
- c) conducta de las autoridades judiciales (Del Toro, p. 557).

Asimismo, la Corte IDH ha establecido que para que exista el debido proceso "es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables" (Del Toro, p. 558).

### *Deberes sustantivos derivados del respeto del derecho de acceso a la justicia y del derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo*

Las y los jueces tienen el deber de garantizar la efectividad de los derechos relacionados directamente con el ejercicio de la función judicial. De acuerdo con las normas que rigen el debido proceso, "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter" (artículo 8.1 de la CADH). Por su parte, el artículo 25 de dicha Convención señala que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes.

### *Deber de investigar los hechos y sancionar a los responsables*

La investigación de los hechos debe realizarse con la debida diligencia y seriedad. También debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares que depende de la iniciativa procesal de la víctima, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad busque efectivamente la verdad (Del Toro, pp. 560 y 561).

### *Deber de reparar el daño*

Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge la obligación de reparar y de subsanar las consecuencias de la violación. La reparación del daño requiere la *restitutio in integrum*, que consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho. De no ser posible ésta, el tribunal internacional deberá determinar las medidas que garanticen los derechos conculcados, eviten nuevas violaciones y reparen las consecuencias que produjeron las transgresiones, además, deberá establecer la

indemnización que compense a la parte agraviada por los daños ocasionados. El Estado responsable no podrá apelar a su derecho interno para modificar o incumplir su obligación de reparar (Del Toro, pp. 561 y 562).

#### *Deber de luchar contra la impunidad y derecho a la verdad*

La Corte IDH entiende la impunidad como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la CADH, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles". En consecuencia, una situación de grave impunidad refleja el incumplimiento de dicho deber por parte del Estado, ya que la corte IDH señala que las víctimas de graves violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen el derecho a conocer la verdad (Del Toro, pp. 562 y 563).

### **Implementación judicial del derecho internacional**

Consiste en la implementación del derecho internacional en el orden interno, las relaciones de jerarquía que se establecen entre ambos ordenamientos, las diferentes técnicas de recepción o incorporación de la norma internacional en el derecho interno y las diferentes modalidades de aplicación de las normas internacionales de acuerdo con su origen y naturaleza, sean éstas normas autoejecutivas o no. Estos suponen una concepción general del derecho internacional, de su función y de su forma de operación. La mayor apertura constitucional y la incesante internacionalización del derecho han hecho necesario reconocer la función primordial de éste como un sistema de garantías nacionales e internacionales que tienen como finalidad proteger los derechos más fundamentales de las personas (Del Toro, pp. 563 y 564).

#### *Aspectos generales de la implementación del derecho internacional*

La implementación del derecho internacional se refiere a la incorporación de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico interno y la manera en que éstas se hacen efectivas. Esto incluye la reforma de la normativa interna y la modificación o adopción de criterios jurisprudenciales que incorporen la norma internacional al orden interno. La implementación del derecho internacional responde a un deber jurídico de los Estados que deriva de sus compromisos internacionales, los cuales pueden proceder de la firma, adhesión o ratificación de un tratado internacional, de una norma de *ius cogens*, de una costumbre internacional jurídicamente exigible o de otra obligación exigible a los Estados. El deber de adecuación del orden interno al internacional es un principio general del derecho internacional que responde a la obligación de cumplir de buena fe con los compromisos internacionales (*pacta sunt servanda*, establecido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y al principio de supremacía del derecho internacional (Del Toro, pp. 564 y 565).

#### *La aplicación e implementación del derecho internacional y la especial naturaleza de los tratados sobre derechos humanos*

Regida por el principio de buena fe en las relaciones internacionales, la función de los tratados de derechos humanos es proteger los derechos fundamentales de las personas. Éstos no están limitados



por la contraposición del interés de los contratantes ni por la noción de reciprocidad entre los derechos y obligaciones contraídas (Del Toro, pp. 569 y 570).

A partir de los principios generales de interpretación, la doctrina y la jurisprudencia consideran otros dos principios que deben tenerse en cuenta para interpretar los tratados de derechos humanos: el de interpretación evolutiva y el *pro persona*. El primero contempla la finalidad objetiva y las necesidades actuales de protección, mientras que el segundo se orienta a que los instrumentos de derechos humanos sean interpretados en el sentido que más favorezca a la persona y a sus libertades, de conformidad con la naturaleza objetiva de las obligaciones que consagran, y buscando la protección de los derechos humanos (Del Toro, p. 573).

La Carta de las Naciones Unidas representa el principal tratado entre naciones y contiene disposiciones fundamentales sobre derechos humanos. Junto con el resto de los tratados, constituyen la fuente primaria del derecho internacional, incluso en materia de derechos humanos. A este respecto, cabe destacar las siguientes fuentes en materia de derechos humanos:

- a) La Carta de las Naciones Unidas;
- b) La Carta Internacional de Derechos Humanos, formada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- c) Los tratados especializados (por ejemplo, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados);
- d) Los órganos creados por tratados;
- e) Instrumentos conexos de las Naciones Unidas que no constituyen tratados (por ejemplo, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos);
- f) Otros tratados e instrumentos emitidos por organismos especializados de las Naciones Unidas, y
- g) Los convenios y protocolos de Ginebra.

En determinadas circunstancias específicas que se estipulan en los correspondientes tratados internacionales sobre derechos humanos, los Estados pueden imponer restricciones al ejercicio de ciertos derechos humanos. Sin embargo, cabe señalar que éstas deben considerarse como la excepción y no como la regla. En general, las restricciones y limitaciones tienen que ser determinadas por la ley, ya que son necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto a los derechos y las libertades de terceros. Asimismo, deben cumplir las exigencias justas del orden público, la salud o la moralidad públicas, y la seguridad nacional o pública.

Cabe señalar que cuando existan lagunas y contradicciones entre la protección que otorgan los diversos instrumentos sobre derechos humanos y derecho humanitario, las leyes nacionales y las disposiciones locales, las personas deberán tener derecho a las normas más protectoras que sean aplicables, independientemente de que se trate de normas internacionales, nacionales o locales.<sup>2</sup>

Por otra parte, es necesario contrastar la posición del derecho internacional ante el derecho interno, ya que el derecho internacional aparece en el derecho interno de muy diversas maneras. Las constituciones de los Estados han relegado el tema de la recepción del derecho internacional, apareciendo

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 39.

incluso como *legibus solutus*. Si se considera necesario asegurar la eficacia de las obligaciones internacionales –por ejemplo, en materia de derechos humanos– debe pensarse en la incorporación del derecho internacional como un problema real que tendría consecuencias prácticas para los Estados (Barrena y Montemayor, p. 622).

### **La incorporación de los tratados de derechos humanos al derecho interno, con especial referencia al caso de México**

Los tratados, pactos, protocolos y convenciones son los instrumentos jurídicos de carácter internacional en los cuales preponderantemente se han plasmado los derechos humanos a nivel mundial, así como los deberes que adquieren los Estados con respecto a su tutela en este ámbito (Carmona, p. 504).

Existen esencialmente dos procedimientos de incorporación de los tratados de derechos humanos, los cuales se relacionan con las doctrinas monista o dualista, según sea el caso del Estado en cuestión.

El procedimiento identificado con la tesis monista se denomina *automático*. En él después de la suscripción del instrumento internacional, se lleva a cabo su aprobación por parte del órgano legislativo y finalmente lo ratifica el Poder Ejecutivo. A partir de ese momento el tratado se considera incorporado al ordenamiento jurídico interno y, por lo tanto, comienza a surtir efectos.

El procedimiento identificado con la tesis dualista exige, además de los requisitos anteriores, que el contenido del tratado será reproducido a través de una ley. Una vez que ésta sea publicada, el tratado se considerará incorporado al orden jurídico interno a través de ésta (Carmona, p. 505).

La teoría monista internacionalista es la que ha servido para establecer principios sin importar su fuente –ya sea internacional o interna– y con ello desarrollar el derecho internacional de los derechos humanos, el cual ha contribuido al establecimiento del nuevo paradigma de la vigencia, aplicabilidad y jerarquía de las normas internacionales en el ámbito interno (Carmona, p. 505).

En México opera el sistema automático de incorporación. El proceso que sigue a partir de la celebración o firma del tratado internacional se integra por las etapas de aprobación, ratificación y promulgación.

Cabe señalar que, si bien los tratados son internacionales por su origen, al momento de ser incorporados al ordenamiento nacional tienen la misma posibilidad de ser aplicados que cualquier otra norma de la Constitución, de la ley, de un reglamento o de una jurisprudencia obligatoria (Carmona, 506).

La ley suprema mexicana contiene normas que prohíben la celebración de tratados en diversas hipótesis; que señalan los órganos que intervienen en su celebración y aprobación, los procedimientos y órganos competentes para examinar su constitucionalidad, el nivel jerárquico que éstos ocupan dentro del ordenamiento jurídico mexicano, sobre la competencia para su aplicación judicial y sobre remisión al derecho internacional tratándose de la delimitación del territorio nacional. Sin embargo, ello no significa que los tratados estén regulados de manera clara y suficiente (Carmona, pp. 506 y 507).

## Efectos de la entrada en vigor de los tratados de derechos humanos

Con la entrada en vigor de los tratados surgen obligaciones para los Estados en torno a su aplicación, lo cual involucra a diversos órganos estatales. Algunas de estas obligaciones son las siguientes (Carmona, pp. 508 y 509):

1. El deber genérico de respetar, proteger, satisfacer y garantizar los derechos previstos en el tratado, de acuerdo con la naturaleza, sentido y alcance otorgados a las normas de los mismos;
2. La necesidad de adecuar el ejercicio de sus funciones a las pautas contenidas en los tratados, tales como la expedición de leyes u otras disposiciones de carácter general;
3. La modificación de prácticas administrativas y de criterios judiciales;
4. El establecimiento e instrumentación de políticas públicas, y la aplicación de recursos que permitan la realización de los derechos establecidos en el tratado.

La finalidad de toda esta actividad legal, administrativa, jurisdiccional y no jurisdiccional del Estado es hacer efectivos los derechos que consagran los tratados internacionales, además de atender las responsabilidades contraídas tanto en el plano nacional como en el internacional.

Es importante señalar que cualquier órgano del Estado que esté involucrado en hacer efectivo el deber de cumplimiento de los derechos humanos puede generar responsabilidad internacional del Estado debido a sus acciones u omisiones cuando éstas signifiquen violaciones a los compromisos internacionales que deriven de un tratado de derechos humanos (Carmona, 509).

## La jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos

Si bien no existe un consenso sobre la jerarquía normativa de los tratados internacionales, se pueden mencionar por lo menos cuatro formas de incorporación de un tratado al orden jurídico interno de los Estados, con respecto de la Constitución y las leyes ordinarias. Éstas son:

1. Jerarquía *supraconstitucional*. En ella, la posición más alta que ocupa un tratado internacional dentro del orden jurídico interno de un Estado es por encima de la propia constitución
2. Jerarquía *constitucional*. En ésta, los tratados internacionales se encuentran en el mismo nivel que las normas constitucionales.
3. Jerarquía *supralegal*. En ella, los tratados se sitúan en un nivel inferior al de la Constitución, pero superior con respecto a las leyes ordinarias.
4. Jerarquía *legal*. En ésta, la Constitución otorga a los tratados un nivel similar al de las leyes ordinarias.

En el orden jurídico mexicano los tratados están situados jerárquicamente sobre la legislación federal; de acuerdo con el criterio más reciente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), éstos se ubican por encima de las leyes federales y en un segundo plano con respecto a la Constitución federal. Por ello, por una parte, en caso de que exista contradicción con la legislación federal, prevalecerá lo dispuesto por los tratados en la aplicación del criterio jerárquico de solución de conflictos normativos; y por otra, ante la existencia de vacíos normativos en la legislación federal, las normas

contenidas en los tratados servirán como pautas o principios útiles para la interpretación e integración del ordenamiento.

En conclusión, en México los tratados internacionales están situados actualmente dentro de las categorías *infraconstitucional* y *supralegal* a la vez; es decir, son superiores a las leyes federales y al derecho local. Por lo tanto, en caso de un conflicto entre tratado y Constitución, prevalecerá esta última; si el conflicto es entre tratado y derecho local, prevalecerá lo dispuesto en el instrumento internacional (Carmona, p. 515).

### **Consecuencias de la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento mexicano**

De acuerdo con la jerarquía de los tratados en el orden jurídico mexicano, Jorge Ulises Carmona Tinocho propone la resolución de los posibles conflictos normativos que pudieran surgir entre éstos y la Constitución, con respecto a las leyes federales e incluso con relación al derecho de las entidades federativas y del Distrito Federal (Carmona, pp. 516-521):

#### *Conflicto entre tratado y Constitución*

En aplicación del criterio jerárquico para la solución de conflictos normativos, la Constitución prevalece sobre los tratados; además, exige que éstos se encuentren conformes con ella para ser considerados como parte de la ley suprema de la Unión que se impone sobre el derecho local.

Cabe recordar que cuando se trata de derechos humanos, es necesario invocar la regla que hace aplicable la norma que más favorece a la víctima de violación a derechos humanos. En caso de que la Constitución otorgara un derecho más amplio al contenido en el tratado, no podría responsabilizarse al Estado por no observar este último, pues su fin es la protección de la persona humana, que sería beneficiada con la disposición constitucional en este caso.

Asimismo, con relación a los tratados de derechos humanos, es importante mencionar que la Constitución mexicana apoya implícitamente que los derechos que ella establece puedan ser ampliados o enriquecidos por aquéllos.

#### *Conflicto entre tratado y ley federal*

Esta hipótesis puede presentarse únicamente cuando a los tratados internacionales se les reconoce rango de ley. Antes del más reciente criterio de la SCJN a este respecto, las opiniones señalaban que debido a que ambos se encontraban en un mismo nivel jerárquico, no podía acudir a este criterio para resolver un eventual conflicto de normas entre éstos. Por lo tanto, era posible acudir a otros criterios para resolver el conflicto, como pueden ser el *temporal* –por el cual la norma que sea más reciente deroga a la anterior– o el que tiene como base la *especialidad* –según el cual debe prevalecer la norma cuyo contenido tenga la aplicación más directa con la materia del conflicto planteado.

En ambos casos, si la balanza se inclinase a favor de la ley, podría generarse responsabilidad internacional para el Estado.

### *Conflicto entre tratado y derecho local*

En este caso prevalece el tratado por su jerarquía. Por lo tanto, no deberá existir vacilación alguna en la o el juez que se enfrente a un caso como éste para preferir al tratado debido a la responsabilidad internacional del Estado y a que la propia Constitución así lo determina expresamente en su artículo 133.

En todo caso, cabe señalar lo mencionado por Sergio García Ramírez en su voto razonado en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (García Ramírez, párr. 10, p. 535):

Es preciso alentar la conexión expresa y suficiente –que resuelva colisiones y supere problemas de interpretación, que finalmente pueden significar incertidumbre o merma en el estatuto de derechos y libertades personales– entre el orden interno y el orden internacional. Diversas constituciones modernas han enfrentado este asunto y provisto soluciones que “tienden el puente” entre ambos órdenes y a la postre benefician a quien es preciso favorecer: el ser humano. Así sucede cuando un texto supremo otorga el más alto valor a los tratados internacionales sobre derechos humanos o cuando advierte que prevalecerá, en caso de diferencia o discrepancia, la norma que contenga mayores garantías o más amplio[s] derechos para las personas.

### **La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos jurisdiccionales**

Así como en el orden internacional existen mecanismos para vigilar el efectivo cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados a través de los tratados internacionales de derechos humanos de los cuales forman parte, en el orden interno de cada Estado también se cuenta con instrumentos que permiten a los órganos que lo conforman exigir el respeto a los derechos derivados de esos tratados.

Entre los órganos estatales que están vinculados por los tratados de derechos humanos sobresalen las y los jueces por la trascendencia de su actividad. Ellos pueden hacer suyo el contenido normativo de los tratados para aplicarlo a casos concretos y utilizarlo como pauta interpretativa en la aplicación de la Constitución y las leyes.

El que los tribunales nacionales apliquen las normas internacionales de protección a los derechos humanos resulta relevante, pues ello atenúa la posibilidad de que existan conflictos o contradicciones entre éstas y las normas de rango constitucional o legal; y va perfilando, por medio de la interpretación, la armonización de las diversas disposiciones normativas (Carmona, pp. 522-524).



## MATERIAL DE ESTUDIO

### Bibliografía obligatoria

CARMONA TINOCO JORGE ULISES, "La aplicación judicial de los tratados internacionales de derechos humanos", en Ricardo Méndez Silva (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM (Serie Doctrina Jurídica, núm. 98), 2002, pp. 181-209.

Corte IDH, "Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú* del 24 de noviembre de 2006", en Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 24 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 15.

DEL TORO HUERTA MAURICIO IVÁN, "Retos de la aplicación judicial en México conforme a los tratados de derecho internacional de los derechos humanos", en Juan Carlos Gutiérrez (comp.), *La armonización de los tratados internacionales de derechos humanos en México*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea/SRE, 2005, pp. 119-197.

BARRENA NÁJERA GUADALUPE, y CARLOS MONTEMAYOR ROMO DE VIVAR, "Incorporación del derecho internacional en la Constitución mexicana", en Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez Rivas, *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, tomo III, México, IIJ-UNAM (Serie Doctrina Jurídica, núm. 64), pp. 167-192.

# LECTURA 1

Tomada de: Jorge Ulises Carmona Tinoco, "La aplicación judicial de los tratados internacionales de derechos humanos en Ricardo Méndez Silva (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IJ-UNAM (Serie Doctrina Jurídica, núm. 98), 2002, pp. 181-209.

## LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Jorge Ulises CARMONA TINOCO

SUMARIO: I. *El derecho internacional de los derechos humanos.* II. *La incorporación de los tratados de derechos humanos al derecho interno, con especial referencia al caso de México.* III. *Efectos de la entrada en vigor de los tratados de derechos humanos.* IV. *La jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos.* V. *Consecuencias de la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento mexicano.* VI. *La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos jurisdiccionales.* VII. *Breves reflexiones sobre la justificación de la procedencia del juicio de amparo como medio para hacer valer los tratados internacionales de derechos humanos en México.* VIII. *Algunos comentarios sobre la actuación de los jueces y la responsabilidad internacional del Estado.*

### I. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La fulgurante evolución de la internacionalización de los derechos humanos a partir de la segunda posguerra, a través de la labor de los organismos internacionales, las organizaciones no gubernamentales y la participación de los Estados en la adopción de compromisos para la tutela de los derechos fundamentales de la persona, ha desarrollado un verdadero derecho internacional de los derechos humanos, que se reafirma día con día y goza de mayor fuerza y aceptación a nivel mundial. Esta rama del derecho internacional se ocupa del *establecimiento y promoción de los derechos humanos y de la protección de individuos o grupos de individuos en el caso de violaciones gubernamentales de derechos humanos.*<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Buergenthal, Thomas, *et al.*, *Manual internacional de derechos humanos*, Caracas-San José, IIDH-Editorial Jurídica Venezolana, 1990, p. 9.



La labor de tutela desarrollada a nivel mundial es complementada por aquella realizada regionalmente, en virtud de los sistemas de protección de los derechos humanos que operan en los continentes europeo, americano y, más recientemente, en el africano. Dichos sistemas poseen una composición afín, en especial de carácter estructural, cuentan con una base normativa de carácter convencional y operan mediante instituciones supranacionales encargadas de vigilar y reforzar el cumplimiento de los compromisos que los Estados adquieren en materia de derechos humanos.

El desarrollo de los mecanismos internacionales de protección dejan actualmente sin sentido la idea de que lo relacionado con los derechos humanos es un asunto que compete exclusivamente a la jurisdicción interna de los Estados y, además, introduce un cambio significativo con relación al carácter de la persona como sujeto de derecho internacional.

Si tomamos en cuenta que, además de los instrumentos internacionales, la mayoría de las Constituciones de los Estados contemplan o hacen referencia a los derechos fundamentales, podemos afirmar que los derechos humanos constituyen un plano en el que convergen el derecho constitucional y el derecho internacional, por lo que es un punto de contacto necesario entre ambos.

## II. LA INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS AL DERECHO INTERNO, CON ESPECIAL REFERENCIA AL CASO DE MÉXICO

Los tratados, pactos, protocolos o convenciones son los instrumentos jurídicos de carácter internacional en los que preponderantemente se han plasmado los derechos humanos a nivel internacional,<sup>2</sup> así como los deberes que los Estados adquieren con respecto a su tutela en dicho plano.

Existen esencialmente dos grandes procedimientos de incorporación, que se asocian comúnmente a las doctrinas monistas o dualistas, según sea el caso, sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho

<sup>2</sup> También existen fuentes adicionales y complementarias, que derivan en mayor o menor medida en obligaciones para los Estados, como las declaraciones, las reglas, los conjuntos de principios, las resoluciones o decisiones provenientes de los organismos internacionales, entre los que destacan las sentencias de órganos jurisdiccionales internacionales, la costumbre, el *ius cogens*, los principios generales del derecho internacional y otras fuentes subsidiarias.

interno. En uno de ellos, identificado con la tesis monista, que podemos denominar *automático*, después de la suscripción del instrumento se lleva a cabo su aprobación por parte del órgano Legislativo y finalmente lo ratifica el Poder Ejecutivo, a partir de este momento el tratado se considera incorporado al ordenamiento jurídico interno y, por lo tanto, comienza a surtir efectos.

Un procedimiento más complicado que el anterior, el cual se identifica con la tesis dualista del derecho internacional como un orden completamente diverso del orden interno, es el que exige, además de los requisitos descritos, que el contenido del tratado se reproduzca a través de una ley; una vez publicada ésta, el tratado se considera incorporado al orden jurídico interno a través de la misma.

La teoría sobre la relación del derecho internacional con respecto al derecho interno que más sirve a la causa de los derechos humanos, especialmente a partir de la segunda posguerra, es la de tipo monista internacionalista. Ésta se encuentra acorde con la naturaleza universal de los derechos humanos y ha permitido alejar cada vez más la idea de que los asuntos relacionados con estos derechos son un asunto interno que corresponde atender a cada Estado; además, ha servido para establecer principios, como la aplicabilidad de la norma más favorable a las víctimas de las violaciones a derechos fundamentales en casos concretos, sin importar su fuente internacional o interna.

Es precisamente el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, el que ha contribuido de manera decisiva al establecimiento del nuevo paradigma de la vigencia, aplicabilidad y jerarquía de las normas de fuente internacional en el ámbito interno.

Es necesario destacar que los tratados que se refieren a derechos humanos poseen ciertas especificidades que vienen dadas por el carácter de instrumentos de protección de tales derechos en favor de los individuos; así lo ha estimado la Corte Interamericana en algunas de sus opiniones consultivas OC-1/82, párrafo 24 y OC-2/82, párrafo 29, en las que, en términos generales, se distingue a los tratados de derechos humanos que implican para los Estados un deber de protección hacia los individuos que se hallan dentro de su jurisdicción, de los tratados que en virtud de una negociación derivan en derecho y deberes en beneficio de los propios Estados.

En México podemos afirmar que opera el sistema *automático* de incorporación; el camino que recorre un tratado a partir de su celebración

o firma se integra por las etapas de aprobación, ratificación y promulgación. En efecto, los tratados celebrados forman parte del orden jurídico interno cuando, habiendo sido aprobados por el órgano Legislativo, lo cual es facultad exclusiva de la Cámara de Senadores,<sup>3</sup> y habiendo procedido el Poder Ejecutivo a su ratificación internacional, son finalmente promulgados a través de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.<sup>4</sup>

Con esto se convierten en normas jurídicas internas perfectamente exigibles y susceptibles de aplicación por parte de los órganos del Estado.

No obstante lo anterior, el procedimiento de incorporación de los tratados internacionales en México vería fortalecida su certeza jurídica si se establecieran plazos precisos para que, una vez suscrito el instrumento internacional, el Ejecutivo lo sometiera a la aprobación del Senado. Asimismo, para que una vez aprobado por el Senado, el Ejecutivo procediera a la correspondiente ratificación y, por último, para que este último proceda a la promulgación del instrumento internacional en el *Diario Oficial de la Federación*.

A este respecto, consideramos que deben abandonarse las siguientes posturas:

1. Considerar a los tratados internacionales ratificados como un elemento extraño y ajeno al ordenamiento jurídico;
2. Que las normas que consagran los tratados sólo pueden ser eficaces si el órgano legislativo lleva a cabo modificaciones que las retomen y detallan en orden a su aplicación y que es únicamente a partir de este momento que las autoridades tienen el deber de observarlas;
3. Que no son susceptibles de proporcionar solución a casos concretos, ni tan sólo como pautas de interpretación.

Así, cabe contextualizar el calificativo de *internacionales* que acompaña a los tratados y los hace aparecer no aptos para ser aplicados. Si bien los tratados son internacionales por cuanto a su origen, y tal vez

<sup>3</sup> La publicación de la aprobación del Senado en el *Diario Oficial de la Federación* no debe confundirse con la promulgación del tratado internacional que es llevada a cabo una vez que éste es ratificado internacionalmente.

<sup>4</sup> La Ley sobre la Celebración de Tratados señala en el artículo 4o., párrafo segundo: “Los tratados, para ser obligatorios en el territorio nacional deberán haber sido publicados previamente en el *Diario Oficial de la Federación*”.

por los compromisos que se adquieren con respecto a otros Estados y organismos internacionales, al momento de ser incorporados al ordenamiento tienen la misma posibilidad de ser aplicados como cualquier otra norma de la Constitución, de la ley, de un reglamento o de una jurisprudencia obligatoria.

La Constitución mexicana no es abundante y ordenada respecto a las normas que se refieren a los tratados internacionales, ya que sólo algunos de sus preceptos, en partes dispersas de la misma, hacen mención expresa a dichos instrumentos, por lo que el marco constitucional que los regula carece en realidad de una ordenación sistemática. Esto tiene una explicación histórica en el hecho de que la regulación de los tratados internacionales fue trasladada en los mismos términos establecidos en la Constitución de 1857, que antecedió a la Constitución vigente de 1917.<sup>5</sup>

La regulación constitucional de los tratados internacionales es un tema del que se ha ocupado la doctrina, sobretodo en lo relativo a la sistematización e interpretación de los preceptos constitucionales que hacen referencia a los tratados.

La ley suprema mexicana contiene normas que prohíben la celebración de tratados en diversas hipótesis,<sup>6</sup> los órganos que intervienen en la celebración y aprobación de los mismos,<sup>7</sup> los procedimientos y órganos competentes examinar su constitucionalidad,<sup>8</sup> el nivel jerárquico que és-

<sup>5</sup> En este sentido, Ricardo Méndez Silva opina: “aun cuando México es un Estado de manifiesta vocación internacionalista, su Constitución es de tipo doméstico, tradicional y rígido, sobre todo, en materia internacional”, en “La Constitución Política mexicana y los tratados”, *Pemex Lex*, Revista Jurídica de Petróleos Mexicanos, México, núms. 75-76, septiembre-octubre de 1994, p. 53.

<sup>6</sup> Los preceptos constitucionales que establecen la prohibición de celebrar cierto tipo de tratados son los artículos 15 y 117, fracción I, constitucionales.

<sup>7</sup> Dicha facultad está claramente establecida en la primera parte de la fracción X del artículo 89 constitucional, que señala dentro de las atribuciones y deberes del presidente de la República: “Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado...”.

El artículo 76, fracción I, de la Carta Magna, que señala dentro de las facultades exclusivas del Senado: “I. Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo federal con base en los informes anuales que el presidente de la República y el secretario del despacho correspondiente rindan al Congreso; además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión”.

<sup>8</sup> En los casos en que los preceptos de un tratado internacional vulneren disposiciones de la carta magna, existe en México la posibilidad de impugnarlos mediante el juicio de amparo, o también a través de la recién establecida acción de inconstitucionalidad. El fundamento para la procedencia de estos instrumentos de defensa constitucional se en-

tos ocupan dentro del ordenamiento jurídico mexicano,<sup>9</sup> y normas sobre la competencia para la aplicación judicial de los tratados y sobre remisión al derecho internacional tratándose de la delimitación del territorio nacional.<sup>10</sup> Lo anterior no significa que estos aspectos sean regulados de manera clara y suficiente.

### III. EFECTOS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

A partir del inicio de la vigencia de un tratado internacional de derechos humanos, surgen para los Estados diversos deberes en orden a su aplicación, que pueden implicar por parte de los órganos estatales:

1. Un deber genérico de respetar, proteger, satisfacer y garantizar los derechos previstos en el tratado, de acuerdo con la naturaleza, sentido y alcance otorgado a las normas del mismo;
2. La necesidad de adecuar el ejercicio de sus funciones a las pautas contenidas en los tratados, tales como la expedición de leyes u otras disposiciones de carácter general;

cuenta en los artículos 103 y 107, para el juicio de amparo, y 105, fracción II, con respecto a las acción de inconstitucionalidad, así como en sus respectivas leyes reglamentarias.

<sup>9</sup> El artículo 133 constitucional que señala textualmente: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión...”.

<sup>10</sup> Otros preceptos constitucionales que hacen referencia, así sea indirecta a los tratados son los artículos 27, 42, 94 y 104 constitucionales. Los dos primeros artículos remiten a derecho internacional para efectos de delimitación del territorio nacional. El establecimiento de este tipo de límites por lo regular se establece mediante tratados internacionales con los Estados limítrofes o las naciones interesadas en tales cuestiones.

Por otra parte, el artículo 94, párrafo séptimo, constituye el fundamento de la jurisprudencia obligatoria de los tribunales del Poder Judicial de la Federación.

El artículo 104 constitucional establece como facultad de los tribunales del Poder Judicial de la Federación, el conocimiento de las controversias en materia civil y penal que involucren aplicación de leyes federales y tratados; sin embargo, el mismo precepto señala que en los casos en que sólo se afecten intereses particulares, es potestativo para quien figure como actor en tales juicios acudir a la jurisdicción federal o a la de carácter local, pudiendo así, en virtud de ser jurisdicción concurrente, conocer también de tales asuntos los tribunales de los Estados y del Distrito Federal.

3. La modificación de prácticas administrativas y de criterios judiciales;
4. El establecimiento e instrumentación de políticas públicas, y la aplicación de recursos, que permitan la realización de los derechos establecidos por el tratado.

En efecto, los órganos del Estado, según se sitúen en el ámbito del Ejecutivo, Legislativo o el Judicial, en cumplimiento de los tratados internacionales deben abstenerse de determinadas conductas y en ocasiones, por el contrario, deben realizar actos positivos de protección, adecuaciones legislativas, modificación de prácticas administrativas o la tutela jurisdiccional de los derechos que se ha obligado a respetar el Estado. Así, cada órgano del Estado debe, en el ámbito de sus respectivas competencias, aplicar los tratados internacionales haciendo efectivos los derechos que ellos consagran.

Esto significa que los deberes que surgen para el Estado son de carácter interno y también internacional, los cuales el Estado no puede soslayar so pena de incurrir en responsabilidad internacional, por cuanto a sus relaciones exteriores, pero también se producen consecuencias jurídicas en el orden interno, en especial relacionadas con la responsabilidad penal o administrativa en que pudieran incurrir los funcionarios públicos y el deber de reparar las violaciones cometidas.

Esto permite afirmar y dejar en claro que los compromisos y deberes que los Estados adquieren a través de los tratados de derechos humanos, corren a cargo de sus órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales. De esta forma, el deber de los Estados se transmite a todos los órganos que lo componen y, de igual manera, cualquiera de los órganos mencionados puede generar la responsabilidad internacional del Estado por sus acciones u omisiones, cuando que signifiquen una violación a los compromisos internacionales derivados de un tratado de derechos humanos.

Mención especial merece la aplicación que de los tratados de derechos humanos realizan los organismos públicos autónomos de protección de estos derechos, inspirados en la figura del *ombudsman* sueco, los cuales utilizan comúnmente en sus recomendaciones los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables, y llevan también a cabo una importante labor de difusión y capacitación de los mismos.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Cfr. Comisión Estatal de Derechos Humanos de Querétaro, *La aplicación de tratados en materia de derechos humanos por el ombudsman mexicano*, México, CEDH, s.a. En el caso de México, a nivel federal, la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos

Por otra parte, es importante traer a colación el contenido de la cláusula federal presente en diversos instrumentos internacionales, por la cual en los Estados organizados en una federación corresponde al gobierno nacional no sólo el cumplimiento de los compromisos derivados del tratado, sino también adoptar las medidas que fueren necesarias a fin de que las autoridades competentes de las entidades federativas cumplan, en el ámbito de sus competencias, las disposiciones del instrumento internacional.<sup>12</sup>

Por lo que se refiere a la aplicación judicial de los tratados internacionales de derechos humanos, que constituye el punto central de nuestras reflexiones, lo abordaremos una vez agotado el apartado sobre consecuencias de la jerarquía normativa de tales tratados.

#### IV. LA JERARQUÍA NORMATIVA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Además del tema de la incorporación, la cuestión sobre la jerarquía de los tratados en el derecho interno y, sobre todo, su situación con respecto a las normas constitucionales ha despertado en la actualidad un gran interés; sin embargo, no existe aún un consenso sobre la jerarquía de los tratados internacionales, es por ello que toca a la Constitución

hace mención expresa a este aspecto en sus artículo 6o., fracciones XIII y XIV, que señalan: “Artículo 6o. La Comisión Nacional tendrá las siguientes atribuciones: XIII. Formular programas y proponer acciones en coordinación con las dependencias competentes que impulsen el cumplimiento dentro del territorio nacional de los tratados, convenciones y acuerdos internacionales signados y ratificados por México en materia de derechos humanos; XIV. Proponer al Ejecutivo federal, en los términos de la legislación aplicable, la suscripción de convenios o acuerdos internacionales en materia de derechos humanos”. Además que ha sido sobresaliente su labor de difusión de los instrumentos internacionales, cabe mencionar por su relevancia la compilación bajo el título *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ONU-OEA*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1994, tres tomos. En el ámbito internacional, por lo que se refiere propiamente al continente americano, cabe destacar las labores de capacitación y difusión de los derechos humanos que lleva a cabo el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

<sup>12</sup> Ver, artículo 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos por su parte señala en su artículo 50: “Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna”.

de cada Estado determinar la posición que los tratados ocupan en el orden jurídico interno de que se trate.<sup>13</sup> Lo anterior sin ser óbice para la aplicación en un caso concreto de las reglas previstas en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.<sup>14</sup>

La incorporación de un tratado al orden jurídico interno le otorga a sus disposiciones una determinada jerarquía que, de acuerdo con las diversas Constituciones, puede situarlas al menos en cuatro diversas posiciones,<sup>15</sup> con respecto a la propia Constitución y las leyes ordinarias:

1. La posición más alta que podría ocupar un tratado internacional dentro del orden interno de un Estado, estaría por encima de la propia Constitución; correspondería a un nivel *supraconstitucional*. Esta posición es la que en realidad ocupan desde el punto de vista del derecho internacional.
2. Otra posición sería aquella en la que los tratados internacionales estuvieran al mismo nivel que las normas constitucionales, esto es, poseerían *rango constitucional*.
3. En orden decreciente, los tratados podrían situarse en un nivel inferior al de la Constitución, pero superior respecto a las leyes ordinarias; en este caso serían de rango *supralegal*.

<sup>13</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 445-481.

<sup>14</sup> El artículo 27 de la Convención de Viena señala: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

Por su parte, el artículo 46 de la misma Convención establece: “Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de un derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

<sup>15</sup> Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Guía sobre aplicación del derecho internacional en la jurisdicción interna*, San José, IIDH, 1996, pp. 33-43; cfr. Gros Espiell, Héctor, “Los tratados sobre derechos humanos y el derecho interno”, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, 1988, t. II, pp. 1025 y ss.



4. Finalmente, si la Constitución otorga a los tratados un nivel similar al de las leyes ordinarias, se está en presencia de un rango *legal*.

Cabe señalar que si bien estas categorías pueden aplicarse a todo tipo de tratados que puede incorporar un Estado, existe una tendencia a diferenciar específicamente los tratados de derechos humanos y otorgarles un nivel generalmente superior dentro del ordenamiento, como se señaló párrafos arriba.

Un rápido análisis de diversas Constituciones vigentes ilustrará mejor este punto.<sup>16</sup> La Constitución de Guatemala en su artículo 46 señala: “Preeminencia del derechos internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

La Constitución de Nicaragua otorga en su artículo 46 plena vigencia a los contenidos de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que se encuentran la Declaración Universal y Americana, los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos, y la Convención Americana de Derechos Humanos.

En Costa Rica, el párrafo primero del artículo 7o. constitucional señala: “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordados debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes”.

En el caso de Panamá, la Constitución señala de manera genérica en su artículo 4o.: “La República de Panamá acata las normas del derecho internacional”.

La Constitución salvadoreña, por su parte señala en el artículo 144:

Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.

<sup>16</sup> Parte de los artículos constitucionales que aquí reproducimos son citados y explicados de manera completa en la obra del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *cit.*, pp. 33-42.

Otro ejemplo lo constituye Honduras, cuya Ley Fundamental señala en el artículo 16: “Los tratados internacionales celebrados por Honduras con otros Estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno”. Este precepto tiene estrecha relación con el artículo 18 constitucional que establece: “En caso de conflicto entre el Tratado o Convención y la Ley prevalecerá el primero”.

Un ejemplo reciente es el artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, promulgada el 24 de marzo de 2000, que establece:

El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. *Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen* (las cursivas son nuestras).

La particularidad del citado precepto reside en que impone a los órganos del Estado de manera expresa la observancia de la Constitución y los tratados sobre derechos humanos; sin embargo, se sitúan en un nivel infraconstitucional.

Estos ejemplos son muestra de la tendencia benéfica de otorgar una jerarquía superior a los instrumentos internacionales de derechos humanos; en opinión de Héctor Fix-Zamudio, son representativas de esta corriente las vigentes constituciones española (artículo 10) y portuguesa (artículo 16).<sup>17</sup> La primera ordena la interpretación de las normas constitucionales en concordancia con las disposiciones de la Declaración Universal de 1948 y los principales tratados internacionales de derechos humanos; en tanto que la Constitución portuguesa sólo hace referencia a la interpretación en concordancia con la Declaración citada.

Finalmente, podemos decir respecto al panorama de la situación que al respecto impera en el continente americano que,<sup>18</sup> salvo la interpre-

<sup>17</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *cit.*, p. 448.

<sup>18</sup> Al respecto, *cfr.* Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *cit.*, pp. 33-43; *cfr.* Gros Espiell, Héctor, “Los tratados sobre derechos humanos y el derecho interno”, *cit.*, pp. 1025 y ss.

tación judicial que se ha realizado a la Constitución de Costa Rica,<sup>19</sup> no hay una ley fundamental que otorgue expresamente carácter supraconstitucional absoluto a los tratados de derechos humanos; sí existen, sin embargo, ejemplos de Constituciones que les confieren rango constitucional, como es el caso de las de Nicaragua, Panamá y de la propia Costa Rica, inclusive.

En México el tema de la jerarquía de los tratados internacionales incorporados al ordenamiento ha sido objeto de diversas interpretaciones judiciales y doctrinales.<sup>20</sup> Por lo que se refiere a la interpretación judicial, ésta había transitado hasta hace poco tiempo de criterios generales y ambiguos sobre la relación entre tratados y leyes federales, a la afirmación del nivel *legal* de los instrumentos internacionales.<sup>21</sup>

19 La Sala Constitucional de ese país ha señalado que los tratados internacionales de derechos humanos gozan de una jerarquía superior, incluso sobre la propia Constitución, cuando otorgan mayores derechos a las personas. Criterio citado en la obra *Guía sobre aplicación del derecho internacional en la jurisdicción interna*, cit., p. 37.

20 Al respecto, ver, Carpizo, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, *Estudios constitucionales*, 2a. ed., México, UNAM, 1983.

21 LEYES, ORDEN JERÁRQUICO DE LAS. Petróleos Mexicanos. Pág. 2156. Tomo LXXXIV. 11 de junio de 1945. Cuatro votos. Véase: Quinta época, t. XVI, p. 1106, Puerto Vda. de Zavala, Tomasa, Instancia: tercera sala; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*; Quinta época, t. LXXXIV; p. 2156. PETRÓLEOS MEXICANOS, DEBE DAR FIANZA EN EL AMPARO (DEROGACIÓN). Tomo XCVIII, Pág. 1236. Petróleos Mexicanos. 13 de noviembre de 1948. Cinco votos. Instancia: segunda sala; fuente *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta época, t. XCVIII, p. 1236. CONVENIO DE PARÍS PARA LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. TIENE CATEGORÍA DE LEY SUPREMA. Séptima época, Tercer parte: vol. 72, p. 23. Denuncia de contradicción de tesis. Varios 329/71. Tribunales colegiados Primero y Segundo en materia administrativa del Primer Circuito. 15 de marzo de 1973. 5 votos. Ponente: Alberto Jiménez Castro. Esta tesis aparece publicada, con el número 421, en el *Apéndice 1917-1985*, tercera parte, p. 751. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988*, segunda parte, salas y tesis comunes, tesis 522, p. 905. TRATADOS INTERNACIONALES. EL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, ÚLTIMA PARTE, NO ESTABLECE SU OBSERVANCIA PREFERENTE SOBRE LAS LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN EMANADAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, fuente *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vol. 151-156, sexta parte, p. 195. TRATADOS INTERNACIONALES Y LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN EMANADAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SU RANGO CONSTITUCIONAL ES DE IGUAL JERARQUÍA. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 256/81. C. H. Boehring Sohn, 9 de julio de 1981. Unanimidad de votos, ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Instancia: tribunales colegiados de circuito, fuente *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vol. 151-156; sexta parte, p. 196. LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA. Amparo en revisión 2069/91. Manuel García Martínez,

En la actualidad, el criterio más reciente señala que los tratados en el orden jurídico mexicano están situados jerárquicamente sobre la legislación federal, de acuerdo con el criterio más reciente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación plasmado en la tesis 192,867 bajo el rubro “Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución federal”.<sup>22</sup> Esto significa, por una parte, que en caso de contradicción con la legislación federal, prevalecen lo dispuesto por los tratados en aplicación del criterio jerárquico de solución de conflictos normativos y, por la otra, que ante la existencia de vacíos normativos en la legislación federal, las normas contenidas en los tratados sirven como pautas o principios útiles para interpretación e integración del ordenamiento.<sup>23</sup>

La tesis mencionada, no obstante ser un criterio aislado que requiere ser reiterado en otras cuatro ocasiones sucesivas para convertirse en jurisprudencia obligatoria, por el hecho de provenir del pleno de la Suprema Corte, posee un importante carácter orientador en los casos que se tramiten ante el resto de los órganos jurisdiccionales nacionales.

De lo anterior se desprende que en México los tratados internacionales están situados actualmente dentro de la categoría *infraconstitucional* y a la vez *supralegal*, esto es, son superiores a las leyes federales y al derecho local; por lo tanto, en caso de un conflicto entre tratado y Constitución, prevalece esta última; entre tratado y leyes federales el primero tiene preeminencia; entre tratado y derecho local, prevalece lo dispuesto por el instrumento internacional.

Como puede observarse, las normas constitucionales que determinan la jerarquía de los tratados de derechos humanos en los países del continente americano no son siempre explícitas, por lo que se debe acudir a su interpretación judicial y doctrinal, generalmente de manera armónica con otros preceptos de los propios ordenamientos constitucionales, para determinar dicha jerarquía.

30 de junio de 1992, mayoría de quince votos, ponente: Victoria Adato Green. Secretario: Sergio Pallares y Lara.

<sup>22</sup> Para un análisis jurídico de dicha ejecutoria ver Carpizo, Jorge, *Nuevos estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 2000, pp. 493-498.

<sup>23</sup> Para un panorama sobre la jerarquía y aplicación de los tratados de derechos humanos en el continente americano, ver Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Guía sobre Aplicación...*, cit.

No obstante lo anterior, situar a los tratados en una determinada jerarquía es el medio para lograr su efectiva observancia y aplicación, de poco sirve que los tratados tengan el máximo nivel (*supraconstitucional*) sólo en el papel, si en la realidad sus disposiciones no son observadas. Desde esta perspectiva, no habría inconvenientes en situar a los tratados en un nivel legal, siempre y cuando esto fuera garantía de su eficacia.

## V. CONSECUENCIAS DE LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO

Por lo que se refiere a México exclusivamente, de acuerdo con la jerarquía de los tratados, podemos determinar la forma en cómo deben resolverse los conflictos normativos que pudieran surgir entre éstos y la Constitución, o respecto a las leyes federales y, finalmente, con relación al derecho de las entidades federativas y del Distrito Federal.

### 1. *Conflicto entre Tratado y Constitución*

En este caso hay que tener presente el texto del artículo 133 constitucional, que señala:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados.

En aplicación del criterio jerárquico para la solución de conflictos normativos, prevalece sobre el tratado la *Carta Magna*, además de que se exige que los tratados estén conformes con la Constitución para ser considerados como parte de la ley suprema de la Unión que se impone sobre el derecho local. Las opiniones que la Suprema Corte ha emitido al respecto, van en este mismo sentido.

Este caso pudiera en principio no suscitar dudas, ya que se inclina favorablemente hacia la Constitución por virtud de su supremacía, pero de acuerdo con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre

Derechos de los Tratados los Estados no pueden *invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*.<sup>24</sup>

Si se aplica este precepto la cuestión se complica, ya que podría dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado mexicano.

En este sentido Seara Vázquez afirma: “cuando los tratados no se pueden aplicar en el orden interno por ser contrarios a la Constitución, esta situación es irrelevante para el derecho internacional, y el Estado es responsable por la no aplicación de esa obligación internacional”.<sup>25</sup>

En estos casos, cuando se trata de derechos humanos, hay que invocar la regla que hace aplicable la norma que más favorezca a la víctima de la violación a derechos humanos,<sup>26</sup> de esta forma consideramos que se soluciona el problema. Desde el ángulo de la Constitución, se estaría otorgando un alcance mayor a los derechos que establece en favor de la persona, y se ha señalado constantemente que los derechos que la misma otorga es sólo un mínimo que puede ser ampliado siempre que favorezca al individuo.<sup>27</sup>

Desde el punto de vista internacional, si fuera el caso que la Constitución otorgara un derecho más amplio al contenido en el tratado, no cabría responsabilizar al Estado por no observar este último, pues su fin es la protección de la persona humana, lo cual se ve beneficiado en esta hipótesis, al preferir la disposición constitucional. Es necesario abonar que los propios instrumentos internacionales abren la posibilidad de ampliar los derechos en beneficio del individuo.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Ver arriba, nota 14.

<sup>25</sup> Citado por Carpizo, Jorge, “La Interpretación del artículo 133 constitucional”, *cit.*, pp. 33 y 34.

<sup>26</sup> Antonio Cançado Trindade señala, al hacer referencia a las tesis monistas y dualistas sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, “la primacía es de la norma más favorable a las víctimas, sea ella norma de derecho internacional o de derecho interno. Éste y aquél aquí interactúan en beneficio de los seres protegidos”, *Reflexiones sobre la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*, Guatemala, Procurador de los Derechos Humanos, Colección Cuadernos de Derechos Humanos 3/95, 1995, p. 36.

<sup>27</sup> Ese es el sentido que se le ha dado al artículo 15 constitucional.

<sup>28</sup> Por ejemplo, el artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que “No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

Con relación a los tratados de derechos humanos es importante recordar que la Constitución mexicana apoya implícitamente que los derechos que ésta establece pueden ser ampliados o enriquecidos por virtud de aquéllos. Esto se deriva del artículo 15 constitucional que en su parte última señala: “No se autoriza la celebración de... convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano”.

La doctrina mexicana ha señalado con acierto que la palabra *alteren*, debe entenderse en el sentido de restricción y no en el de ampliación o extensión de los derechos humanos,<sup>29</sup> por lo que perfectamente pueden celebrarse —y de hecho así ha ocurrido— tratados de derechos humanos que complementen y amplíen el alcance de los derechos fundamentales ya establecidos en la Constitución en favor del individuo o los grupos sociales.

## 2. *Conflicto entre Tratado y ley federal*

Esta hipótesis puede presentarse únicamente cuando a los tratados internacionales se les reconoce rango de *ley*. Antes del más reciente criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el particular, las opiniones a este respecto señalaban que en virtud de que éstos se encontraban en un mismo nivel jerárquico, no podía acudirse a un criterio de este tipo para resolver un eventual conflicto de normas entre

<sup>29</sup> Dada la autoridad que posee la opinión de Antonio Martínez Báez, decidimos reproducir su opinión al respecto: “Ninguna duda cabe que tal prohibición se refiere, en cuanto al empleo de la palabra ‘alterar’, a su sentido o acepción como de ‘perturbar’, ‘trastornar’, ‘inquietar’, esto es, con un signo negativo para los derechos humanos, las garantías individuales o las libertades fundamentales.

Pero los derechos del hombre y del ciudadano sí pueden ser objeto de cambios, de alteraciones, siempre en un sentido positivo, de aumento expansivo en la esfera de las libertades individuales, tanto mediante las adiciones al capítulo relativo de la Constitución Política, con su grado superior de Ley Fundamental, como a través de las normas secundarias de las leyes ordinarias.

De la misma manera, mediante ordenamientos internacionales, o sea convenciones y tratados, pueden agregarse nuevos derechos humanos, ya que la Constitución interna de un país señala en su catálogo de libertades individuales normas o principios básicos y mínimos, que deben siempre ser un límite o frontera a la acción del Estado, cuyos límites éste puede retroceder para ampliar el estatuto jurídico de la persona humana”, *Correlaciones entre la Constitución y los pactos de Naciones Unidas*, en el volumen recopilativo de sus *Obras político-constitucionales*, México, UNAM, 1994, t. I, p. 109.

éstos.<sup>30</sup> Por lo tanto, era posible acudir a otros criterios para resolver el conflicto, como puede ser el *temporal*, por el cual la norma que sea más reciente deroga a la anterior,<sup>31</sup> o el que tiene como base la *especialidad*, según el cual debe prevalecer la norma cuyo contenido tenga aplicación más directa con la materia del conflicto planteado.<sup>32</sup>

En ambos casos, si la balanza se inclina en favor de la ley, podría generarse responsabilidad internacional para el Estado.

### 3. Conflicto entre Tratado y derecho local

En este caso prevalece el tratado por su jerarquía, lo cual deben llevar a la práctica los jueces federales y locales que conozcan de la controversia en donde el conflicto de normas surgió. No debe existir vacilación alguna en el juez que se enfrenta a un caso como éste para preferir al tratado, tanto por la responsabilidad internacional del Estado, como por que la propia Constitución así lo determina expresamente.

En efecto, la parte final del artículo 133 así lo establece: “*Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones y leyes de los estados*” (las cursivas son nuestras).

Desafortunadamente, triste ha sido la suerte de este precepto en la práctica, pues los jueces locales tienden a hacer caso omiso del mandato

<sup>30</sup> Carpizo, Jorge. “La interpretación del artículo 133 constitucional”, *cit.*, pp. 33-35.

<sup>31</sup> Sepúlveda afirma que una norma posterior deroga el tratado a que se refiere, porque se supone que el legislativo conocía ese tratado y tiene la intención de anularlo; en estos casos la responsabilidad internacional recae sobre el Ejecutivo. Ahora bien, un tratado posterior deroga la ley anterior que lo contradiga, pero no se trata de una *auténtica abrogación* pues sólo sucede en los casos de aplicación concreta y en ese momento se refiere el precepto del tratado al precepto interno. Autor citado por Carpizo, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, *cit.*, p. 33.

<sup>32</sup> “En los conflictos de contenido hay que examinar si la Constitución de ese estado reputa a los tratados como incorporados al orden interno, y en esta forma el trato que se les da es el de una norma de derecho interno y se le aplican las mismas reglas generales que a los conflictos de leyes que surgen en el orden interno, como el principio de que la ley posterior deroga a la anterior y que la ley particular deroga a la general. Carpizo, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, *cit.*, p. 34. En este mismo sentido, se ha apuntado que los tratados cuando son posteriores a la ley que está en el mismo rango, la derogan, pero no podría suceder lo mismo si la ley es posterior, puesto que tendría aplicación el artículo 27 de la Convención de Viena, *cfr.* Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Guía sobre aplicación...*, *cit.*, pp. 45-46.



que establece la propia Constitución, a lo cual también han contribuido algunos de los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte que han señalado como facultad exclusiva de los tribunales del Poder Judicial de la Federación el control de constitucionalidad.

En realidad los jueces locales no han cumplido con el deber antes mencionado, en nuestra opinión, debido a las siguientes razones:

1. Se manifiesta una cierta inercia por parte de los jueces en general, de la cual participan también los abogados y las partes en los procesos, de no invocar los tratados internacionales aplicables, toda vez que prefieren argumentar dentro del marco que proporcionan las leyes o la propia Constitución.
2. Para desaplicar una ley por considerarla contraria a un tratado o para interpretar éste en armonía con la Constitución, se requiere un detallado estudio y conocimientos profundos sobre el sentido y alcance de las disposiciones normativas respectivas. Esto demanda en el juez una sólida preparación que debe iniciar desde las propias facultades o escuelas de derecho, en las que, desafortunadamente, no se ha dado énfasis en el papel que juega el derecho internacional en la actualidad, en especial con relación a la protección de los derechos humanos.
3. También existe la preocupación de que al desaplicar la ley, su decisión sea revertida por sus superiores jerárquicos o, incluso, por los tribunales federales. Esto manifiesta una cierta “disciplina” judicial, que impide el establecimiento de criterios innovadores en el marco del ordenamiento vigente, lo cual ha generado prácticas que desconocen la jerarquía y aplicabilidad de los tratados internacional de derechos humanos no obstante que, como ya se demostró, al ser ratificados son normas internas.
4. Estos últimos aspectos son reflejo de un problema mucho más profundo, en el cual participan los tribunales federales, quienes han tratado de mantener en su exclusivo ámbito de competencia el control de constitucionalidad y argumentan que el artículo 103 es tajante y que dicho control entra en la esfera de facultades del Poder Judicial de la Federación. Existen tesis jurisprudenciales en ambos sentidos, esto es, por una parte hay aquellas que aceptan la posibilidad de que los jueces locales desapliquen las leyes que consideren contrarias a la ley suprema (que incluye los tratados) y, por el contrario, hay criterios que lo niegan rotundamente.

Tratándose de conflictos entre leyes y Constitución, esta facultad de los jueces locales está sujeta a una discusión que tiene sus orígenes desde la vigencia de la Constitución de 1857. Jorge Carpizo, en su interesante y profundo estudio sobre la interpretación del artículo 133 constitucional, señala:

Castillo Velasco, Coronado y Vallarta declararon que los jueces locales sí podían examinar la constitucionalidad de las leyes, o sea, que podía dejar de aplicar una ley por considerarla anticonstitucional. Rabasa también siguió esta idea sólo que con una restricción: que los jueces locales sólo podían realizar tal examen si las leyes locales se encontraban en oposición evidente con la Constitución. En cambio, Ruiz afirmó que únicamente la Suprema Corte puede resolver el problema de constitucionalidad.<sup>33</sup>

Ya en este siglo, diversos autores han manifestado su opinión al respecto, entre los más destacados se encuentran Tena Ramírez, quien califica al artículo 133 como obscuro, incongruente y dislocador del orden jurídico; Fix-Zamudio, opina que sí tienen dicha facultad los jueces y que deberían ejercerla, a lo cual se suma también la opinión del propio Jorge Carpizo.<sup>34</sup> Consideramos que estas ideas tienen plena aplicación en los casos en que se deban desaplicar leyes contrarias a lo establecido en un tratado de derechos humanos, por parte de los jueces locales.

De esta manera, fuera de la posición teórica que se adopte, lo cierto es que la ineficacia del artículo 133 al respecto ha provocado a lo largo de su existencia el debilitamiento de los tribunales y jueces locales. Cosa distinta hubiera sido si dichos juzgadores (incluyendo por supuesto a los magistrados, que son sus superiores) cumplieran con su deber apoyando sus decisiones en el artículo 133 de la Constitución federal.

Consideramos que nunca es tarde para lograr esto, así sea paulatinamente, ya que el precepto constitucional sigue vigente en todos sus términos, por lo tanto, sólo resta la disposición de los jueces para dotarlo de efectividad, a lo cual ayudará sin duda el criterio más reciente de la Suprema Corte que sitúa a los tratados en un nivel *infraconstitucional*, pero por encima de las leyes federales.

<sup>33</sup> Cfr. Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 25.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 35-37 y 41.

## VI. LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

Si bien en el orden internacional existen mecanismos para vigilar el efectivo cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados, con base en los tratados internacionales de derechos humanos de que forman parte, hay también en el orden interno de cada Estado instrumentos que permiten exigir a los órganos que lo conforman el respeto de los derechos derivados de dichos tratados.

Entre los órganos estatales vinculados por los tratados de derechos humanos sobresalen por la trascendencia de su actividad los jueces, ya que, de acuerdo con la naturaleza de su función, son quienes en mayor medida pueden lograr el respeto y la efectividad de los tratados internacionales, constriñendo con sus decisiones al resto de los órganos para que conduzcan sus actividades de acuerdo con las disposiciones previstas en los tratados, así como sancionando a los transgresores de sus disposiciones.

Para realizar tan importante labor, es necesario que los órganos jurisdiccionales nacionales incorporen como una práctica cotidiana el manejo de los instrumentos internacionales, sobre todo en las controversias entre autoridades y particulares cuando se trata de derechos humanos. Los jueces pueden también hacer suyo el contenido normativo de los tratados para aplicarlos a casos concretos y utilizarlos como pautas interpretativas en la aplicación de la Constitución y las leyes.

En la actualidad, una gran parte de la atención sobre la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos se ha concentrado precisamente en el papel que el Poder Judicial desempeña a este respecto.

Este tema tiene mucha actualidad, y consideramos que no obstante los estudios que sobre el mismo han realizado prestigiados autores, aún falta profundizar en él, pero sobre todo que sean los propios jueces quienes participen de un modo activo externando sus opiniones, inconvenientes y propuestas. A este respecto, se han celebrado importantes reuniones y eventos internacionales que han tenido como punto central la aplicación judicial de las normas internacionales de derechos humanos en el ámbito interno.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Algunas de estas reuniones importantes han sido los coloquios judiciales que periódicamente se han realizado entre los países del Commonwealth, sobre la aplicación

Antonio Cançado Trindade ha dedicado profundas reflexiones sobre el tema y ha señalado:

los propios tratados de derechos humanos atribuyen una función capital a la protección por parte de los tribunales internos, como evidenciado por las obligaciones de proveer recursos internos eficaces y de agotarlos. Teniendo a sí mismos confiada la protección primaria de los derechos humanos, los tribunales internos tienen, en contrapartida, que conocer e interpretar las disposiciones pertinentes de los tratados de derechos humanos.<sup>36</sup>

En efecto, la actuación de los jueces adquiere relevancia notable a la luz de la regla del previo agotamiento de recursos internos y la eficacia de éstos, toda vez que de ello depende que se surta o no la competencia de los organismos de supervisión internacional de carácter contencioso.<sup>37</sup>

En este orden de ideas, el hecho de que los tribunales nacionales apliquen las normas internacionales de protección de los derechos humanos atenúa la posibilidad de conflictos o contradicciones entre éstas y las

doméstica de las normas internacionales de derechos humanos, de los cuales han surgido a manera de declaraciones notables sugerencias sobre el tema. *Cfr.* Commonwealth Secretariat, *Developing Human Rights Jurisprudence, Volume 5, Fifth Judicial Colloquium on the Domestic Application of International Human Rights Norms* (Judicial Colloquium at Balliol College, Oxford 21-23 September 1992), Londres, Commonwealth Secretariat, 1993. Asimismo, cabe mencionar el seminario celebrado en Barbados en 1993, del cual surgió la siguiente publicación: Instituto Interamericano de Derechos Humanos-University of the West Indies, *Seminar for Caribbean Judicial Officers on International Human Rights Norms and the Judicial Function* (Proceedings of the 1993 Barbados Seminar), San José-Bridgetown, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-University of the West Indies, 1995. Ver también Barkhuysen, Tom *et. al.* (ed.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, producto del simposio sobre la ejecución de las decisiones de Estrasburgo y Ginebra celebrado en Holanda en noviembre de 1997.

<sup>36</sup> Cançado Trindade, Antonio A., *Reflexiones sobre la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*, *cit.*, p. 16. También a este respecto se ha hecho hincapié en que “en ese rol de los tribunales como garantes de la plena vigencia de los derechos humanos, hoy en día es clave el conjunto de normas sobre el tema que tienen origen internacional, pero que, debido a que han sido incorporadas al orden interno, gozan de aplicabilidad en él”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Guía sobre aplicación...*, *cit.*, p. 29.

<sup>37</sup> Al respecto, ver Fix-Zamudio, Héctor, “Eficacia de los instrumentos protectores de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. II, 2002, pp. 11-50.

normas de rango constitucional o legal, lo cual va perfilando por vía de interpretación la armonización de las diversas disposiciones normativas. Esto ha provocado, siguiendo la opinión del mismo autor, que haya un énfasis en la tendencia al perfeccionamiento de los instrumentos y mecanismos nacionales de protección judicial.<sup>38</sup>

En tal sentido, se requiere por parte de los jueces nacionales un papel mucho más activo, creativo y decisivo, que el que han desempeñado hasta ahora, pues en muchas ocasiones a ellos corresponde el conocimiento inicial de los casos que involucren violaciones a derechos humanos. El replanteamiento de la vinculación de los jueces nacionales con relación a los tratados de derechos humanos, permitirá en muchos casos la reparación inmediata del daño que produzca una violación de tales derechos, el cese de ésta y la consiguiente sanción de los servidores públicos involucrados, sin que halla necesidad de llegar hasta las instancias internacionales para lograr esto.

El cambio en las prácticas y en la actitud de los jueces respecto a los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales permitiría

el perfeccionamiento de la administración interna de la justicia... una mayor aproximación entre los Estados, ya no más por la predominancia clásica de los contactos entre los poderes ejecutivos con su apego casi instintivo al dogma de la soberanía exclusiva, pero también por los contactos internacionales de los poderes judiciales, beneficiándose de este modo del conocimiento mutuo de las realidades jurídicas internas de los Estados; y... la actuación coordinada de los tribunales internos bajo los tratados de derechos humanos, en materias por éstos regidas, a pesar de las variaciones en los distintos ordenamientos jurídicos internos, propiciando un cierto grado de uniformidad en la aplicación de las normas de los referidos tratados.<sup>39</sup>

Cabe destacar que los preceptos que contienen los tratados enuncian normas de diverso alcance, categoría y, por lo tanto, efectividad; hay normas cuya aplicación directa no importa mayor problema, toda vez que su redacción es tajante, no requieren ser detalladas legislativamente y, por lo general, no admiten excepciones.<sup>40</sup> Entre éstas se encuentran

<sup>38</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Guía sobre aplicación...*, cit., p. 28.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 28-29.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 49-53.

la prohibición de la tortura, la prohibición del restablecimiento de la pena de muerte en los Estados que la han abolido, la aplicación del principio *non bis in idem* o la prohibición de penas trascendentales.

En otras ocasiones, las normas poseen un contenido genérico y abstracto que requieren posteriores actos legislativos internos que las detallen o hagan posible su aplicación a casos concretos, generalmente son mandatos al legislador, pero esto no debe ser obstáculo para que el resto de los órganos administrativos y judiciales las tomen en cuenta como pautas de actuación o interpretación, al realizar las labores que les son propias. Otras normas establecen límites al goce y disfrute de determinados derechos, dejando en manos de cada Estado establecer sus alcances, de acuerdo con las limitaciones que imponen nociones como las de orden público o seguridad nacional, entre otras.

Un ejemplo ilustrativo del tipo de deberes que adquiere el Estado al ratificar los tratados de derechos humanos, es lo que dispone el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre derechos humanos, que señala:

Artículo 1o. Obligación de respetar los derechos.

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Esto es complementado por el artículo 2o. de la propia Convención que en su parte conducente señala: “los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”, cuando éstos no estén ya garantizados.

## VII. BREVES REFLEXIONES SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO COMO MEDIO PARA HACER VALER LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

Las Constituciones de los estados poseen normas que en sentido o contenido son similares —y en ocasiones redactadas de forma idéntica— a las normas establecidas en los tratados internacionales.

De ahí que cuando un caso determinado se somete a la consideración de un órgano jurisdiccional doméstico, se argumenten por lo regular violaciones a los preceptos constitucionales que consagran derechos fundamentales y no se haga alusión a la infracción de las normas contenidas en los tratados. Esto deja a los tratados, en cierto sentido carentes de toda efectividad.

Sin embargo, qué ocurre en los casos en que las normas constitucionales se ven rebasadas en su ámbito protector de la persona, por aquellas previstas en algún tratado o que lo que establece este último no encuentra alguna norma refleja en la Constitución, cuál es el mecanismo apropiado al interior del Estado para hacer efectivo el contenido del tratado.

En México, el instrumento jurisdiccional de protección de los derechos humanos por excelencia es el juicio de amparo, el cual ha demostrado su efectividad desde la segunda mitad del siglo XIX hasta nuestro días. Cabría preguntarse si el amparo sería el instrumento idóneo para hacer efectivos los tratados internacionales de derechos humanos en los casos que hemos descrito.

Desafortunadamente la doctrina mexicana no se ha ocupado de esta cuestión a fondo, y sólo existen algunas opiniones, por cierto de juristas de gran renombre, que se han pronunciado al respecto.

Antonio Carrillo Flores opinó, cuando en 1980 nuestro país ratificó algunos de los instrumentos internacionales más importantes en materia de derechos humanos, que en virtud de que los mismos pasaban a formar parte de la Ley Suprema de acuerdo con el artículo 133 constitucional, su violación podría reclamarse a través del juicio de amparo.<sup>41</sup>

Antonio Martínez Báez, haciendo alusión expresa a la opinión de Carrillo Flores, señala que corresponde sólo a los organismos internacio-

<sup>41</sup> Carrillo Flores, Antonio, *La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos*, México, Porrúa, 1981, p. 248, n. 9.

nales vigilar la observancia de los instrumentos internacionales de derechos humanos.<sup>42</sup>

Ambas opiniones parecieran en principio ser contradictorias, sin embargo, si se les analiza con detalle ambas son acertadas en cierto sentido.

En efecto, no cabe duda de que en el ámbito internacional son los organismos de este tipo a los que toca urgir a los Estados, a través de diversos mecanismos, para que cumplan con los compromisos adquiridos en favor de la persona, pero considerar que ésta es una tarea exclusiva de tales órganos hace dar un paso atrás en la evolución de la protección de los derechos humanos, y va en contra de la corriente que proclama la complementariedad de los mecanismos internacionales y domésticos en favor de una protección más efectiva de tales derechos.

Coincidimos con la opinión de Antonio Carrillo Flores, sin restar importancia o descalificar lo señalado por Antonio Martínez Báez, con las precisiones anteriormente expuestas.

Toca ahora exponer los argumentos que a nuestro parecer apoyarían dicho aserto:

1. Los tratados internacionales, al ser promulgados en el *Diario Oficial de la Federación* después de haber sido aprobados por el senado y ratificados internacionalmente por el Ejecutivo Federal, pasan a formar parte del orden jurídico mexicano.
2. De acuerdo con lo que dispone el artículo 133 constitucional, los mismos adquieren, junto con la Constitución y las leyes derivadas de ésta, el carácter de ley suprema de toda la Unión. De conformidad con el más reciente criterio de la Suprema Corte, que ya comentamos, los tratados están situados en una posición jerárquica superior respecto a las leyes federales y al derecho local.
3. Las normas jurídicas que contienen los tratados internacionales, una vez incorporadas al ordenamiento, son perfectamente aplicables y exigibles, como cualquier norma de la Constitución, leyes o reglamentos, federales o locales.
4. Las autoridades, cualquiera que sea su naturaleza, deben incluir como parte de la fundamentación y motivación de sus actos, el contenido de los tratados de derechos humanos, especialmente

<sup>42</sup> Martínez Báez, Antonio, *Correlaciones entre la Constitución y los pactos de Naciones Unidas*, cit., pp. 110-111.



cuando se trata de actos que pudieran afectar tales derechos y no deben limitarse a la cita de los preceptos constitucionales, legales o reglamentarios. Sólo de esta manera se da plena eficacia a lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución Federal con relación a la exigencia de debida fundamentación de los actos de autoridad.

5. En tal sentido, la inobservancia o contravención de cualquiera de las normas previstas en los tratados de derechos humanos origina la violación directa al artículo 133 constitucional, así como también al artículo 16 constitucional, de manera que es perfectamente procedente su reclamación a través del juicio de amparo.
6. Un argumento adicional es el que se refiere al artículo 128 constitucional, en el que se plasma el deber para todo servidor público de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes.
7. El Estado mexicano acepta expresamente la interpretación que señalamos en sus observaciones al Informe sobre las Situación de los Derechos Humanos en México, en los siguientes términos:

existe la posibilidad de que los derechos consagrados en los tratados internacionales tengan aplicación judicial, pues la inobservancia de tales derechos implicaría la violación de los artículos 16 y 133 constitucionales que establecen el principio de legalidad y el de jerarquía normativa de los tratados en el orden jurídico mexicano, respectivamente.<sup>43</sup>

Si el juicio de amparo no fuera considerado, tomando en cuenta lo que ya expusimos, el medio idóneo para la efectiva aplicación judicial de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, el orden jurídico mexicano tendría un enorme vacío que compromete su postura internacional en favor de tales derechos, y los más de cincuenta instrumentos internacionales que a la fecha ha ratificado nuestro país en la materia quedarían únicamente como “galardones” carentes de tutela judicial efectiva, lo que significaría un generalizado estado de indefensión de los individuos.

Estas consideraciones de carácter lógico jurídico no bastan para cambiar por sí solas criterios, prácticas y corrientes profundamente arraigadas en nuestro país. Es por eso que celebramos que en el Proyecto

<sup>43</sup> Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en México*, 24 de septiembre de 1998, original: Español, Organización de Estados Americanos, 1998, p. 21.

de Ley de Amparo propuesto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>44</sup> en 2001, haya sido incluida expresamente la procedencia del juicio de amparo cuando se trate de la violación a los tratados de derechos humanos.

El artículo 1o. de dicho proyecto señala textualmente:

Artículo 1o. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite por normas generales o actos de autoridad que violen las garantías que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o los derechos humanos que protegen los instrumentos internacionales generales en la materia que estén de acuerdo con aquélla, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado.

Una primera aproximación a los alcances del precepto citado indican que únicamente se refiere a tratados “generales”, como son la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su protocolo adicional sobre derechos económicos, sociales y culturales (“Protocolo de San Salvador”, así como los dos pactos de Naciones Unidas. Sin embargo, esto sería en la práctica objeto de interpretación, de manera que otros instrumentos más específicos (sobre discriminación, tortura o desapariciones forzadas), pero igual de importantes, podrían ser susceptibles de aplicación vía el juicio de amparo.

#### VIII. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA ACTUACIÓN DE LOS JUECES Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

Hasta aquí hemos examinado el papel positivo que corresponde desempeñar a los jueces y tribunales nacionales en la aplicación de los tratados de derechos humanos, pero también es necesario abordar, así sea superficialmente, la responsabilidad internacional en que podría incurrir un Estado por actos de sus órganos jurisdiccionales.

Iniciamos este punto señalando que los órganos jurisdiccionales forman parte del Estado, por lo tanto, lo actos que de alguna forma vulneren los compromisos contraídos por ese Estado en beneficio de las personas

<sup>44</sup> *Proyecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 104 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2001, pp. 31-32.

a través de tratados internacionales, comprometen al país internacionalmente.

De esta manera, se ha opinado:

todo Estado es responsable de los actos de sus tribunales, cuando sean opuestos al derecho internacional, sin que esto altere la autonomía de los mismos en el orden interno, puesto que... son órganos estatales. Los tribunales podrán, en efecto, ser independientes de otras esferas estatales, pero no del Estado mismo.<sup>45</sup>

Los tribunales nacionales podrían hacer responsable internacionalmente al Estado cuando desconocieran un tratado, como es el caso de preferir en su decisión la aplicación de una norma de jerarquía inferior a la de aquél, decidan en contra de lo previsto por el tratado o se nieguen a decidir cuando les es invocada alguna de sus normas, otro caso sería también el que los tribunales, al aplicar un tratado, lo interpretaran erróneamente otorgándole un sentido diverso que redunde en perjuicio de los derechos fundamentales de la persona.

Esto podría ocurrir con frecuencia debido a la existencia, entre otros factores, de un desconocimiento de los instrumentos internacionales por parte de los órganos jurisdiccionales y de la dificultad que implica interpretar y aplicar tales instrumentos.<sup>46</sup> En estos casos juegan un importante papel los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, que de manera subsidiaria pueden remediar las situaciones que se presenten.

En este sentido, Antonio Cançado opina:

... los tribunales internacionales de derechos humanos existentes —las cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos— no “sustituyen” los tribunales internos, y tampoco operan como tribunales de recursos o de casación de decisiones de los tribunales internos. No obstante, los actos internos de los Estados pueden venir a ser objeto de examen por parte de los órganos de supervisión internacionales cuando se trata de verificar su conformidad con

<sup>45</sup> Comisión de Derechos Humanos de Querétaro, “Responsabilidad del Estado a través de los órganos judiciales, ante la inaplicabilidad de tratados sobre derechos humanos”, *Crónica*, México, CEHD, núm. 4, enero-marzo de 1994, p. 97.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 100.

las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos...<sup>47</sup>

Por lo tanto, los órganos jurisdiccionales de carácter doméstico y los organismos internacionales llevan a cabo una función complementaria en la protección de los derechos humanos; aún más, de los hasta aquí dicho, podemos constatar que no existe obstáculo jurídico alguno que impida a los tribunales nacionales aplicar, a través de sus sentencias, los tratados internacionales de derechos humanos y que se trata, en mayor medida, de una cuestión de decisión y voluntad de los propios jueces para realizar esta importante labor.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> Cançado Trindade, Antonio A., *Reflexiones sobre la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*, cit., p. 26.

<sup>48</sup> A este respecto, Antonio Cançado señala: “Cabe, pues, naturalmente a los tribunales internos interpretar y aplicar las leyes de los países respectivos, ejerciendo los órganos internacionales específicamente la función de supervisión, en los términos y parámetros de los mandatos que les fueron atribuidos por los tratados e instrumentos de derechos humanos respectivos. Pero cabe, además, a los tribunales internos, y otros órganos de los Estados, asegurar la implementación a nivel nacional de las normas internacionales de protección, lo que realza la importancia de su rol en un sistema integrado como el de la protección de los derechos humanos, en el cual las obligaciones convencionales abrigan un interés común superior de todos los Estados partes, el de la protección del ser humano”, *ibidem*, p. 20.

Asimismo, también se ha señalado: “Por lo tanto, no cabe la más mínima duda de que los tribunales como órganos estatales, pueden adoptar medidas —sentencias en sentido lato— para ser efectivos los derechos y libertades reconocidos en el tratado internacional. Si no lo hacen, comprometen la responsabilidad internacional del Estado, ya que su función radica en la administración de justicia”, Comisión de Derechos Humanos de Querétaro, “Responsabilidad del Estado a través de los órganos judiciales, ante la inaplicabilidad de tratados sobre derechos humanos”, cit., p. 101.

# LECTURA 2

Tomada de: Corte IDH, "Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú* del 24 de noviembre de 2006", en Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 24 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 15.

**VOTO RAZONADO DEL JUEZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ  
A LA SENTENCIA DE LA  
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS  
EN EL CASO TRABAJADORES CESADOS DEL CONGRESO VS. PERÚ,  
DEL 24 DE NOVIEMBRE DE 2006**

1. En esta Sentencia la Corte se ha pronunciado sobre el “control de convencionalidad” (párr. 128) que pueden y deben ejercer los órganos de la justicia nacional con respecto a actos de autoridad --entre ellos, normas de alcance general -, conforme a las atribuciones que les confieren los ordenamientos a los que se hallan sujetos y las disposiciones del Derecho internacional de los derechos humanos, a las que se encuentran vinculados por diversos actos de carácter soberano --ratificación o adhesión a un tratado, reconocimiento de una competencia- - los Estados a los que corresponden esos órganos nacionales. En este mismo año el Tribunal aludió dicho “control” en la Sentencia del *Caso Almonacid* (párr. 124).

2. En la especie, al referirse a un “control de convencionalidad” la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos.

3. Es perfectamente conocida la cadena jurisdiccional de medios de control de actos de autoridad, que bajo diversos criterios competenciales --y no siempre conforme a un sistema de instancias que represente nuevas etapas de un mismo proceso--, procura ajustar a derecho los actos de las autoridades. Esto se hace, en el ámbito que ahora me interesa invocar, cada vez que se realiza un juicio de legalidad (en el sentido de adhesión del acto analizado a la norma que debe presidirlo, en los diversos planos de la jerarquía normativa): por el órgano de alzada en relación con el órgano de primera instancia; por la autoridad de casación acerca de la decisión judicial cuestionada; por el tribunal constitucional a propósito de actos de diversas autoridades nacionales, y por el tribunal internacional en lo que respecta a hechos atribuibles a un Estado que ha reconocido la competencia de aquél para resolver asuntos contenciosos surgidas en el ámbito interno.

4. En otras ocasiones he cotejado la función de los tribunales internacionales de derechos humanos con la misión de las cortes constitucionales internas. Estas tienen a su cargo velar por el Estado de Derecho a través del juzgamiento sobre la subordinación de actos de autoridades a la ley suprema de la nación. En el desarrollo de la justicia constitucional ha aparecido una jurisprudencia de principios y valores --

principios y valores del sistema democrático-- que ilustra el rumbo del Estado, brinda seguridad a los particulares y establece el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos del Estado. Desde otro ángulo, el control de constitucionalidad, como valoración y decisión sobre el acto de autoridad sometido a juicio, se encomienda a un órgano de elevada jerarquía dentro de la estructura jurisdiccional del Estado (control concentrado) o se asigna a los diversos órganos jurisdiccionales en lo que respecta a los asuntos de los que toman conocimiento conforme a sus respectivas competencias (control difuso).

5. De manera semejante a la descrita en el párrafo anterior, existe un "control de convencionalidad" depositado en tribunales internacionales --o supranacionales--, creados por convenciones de aquella naturaleza, que encomienda a tales órganos de la nueva justicia regional de los derechos humanos interpretar y aplicar los tratados de esta materia y pronunciarse sobre hechos supuestamente violatorios de las obligaciones estipuladas en esos convenios, que generan responsabilidad internacional para el Estado que ratificó la convención o adhirió a ella.

6. Cada vez son menores las cuestiones sobre el carácter vinculante o apenas sugerente de las resoluciones de los tribunales internacionales de derechos humanos. No analizo ahora el valor que pudieran revestir las opiniones emitidas por éstos como respuesta a una solicitud en ese sentido. Me refiero, más bien, a las resoluciones dictadas en el curso o como conclusión de un verdadero proceso, abierto a partir de una contienda (litigio, en sentido material) planteado a la jurisdicción por quien se encuentra legitimado para formular demanda (en nuestro caso, conforme a la Convención Americana, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos o un Estado que ha reconocido la denominada competencia contenciosa de la Corte Interamericana). La CADH estatuye con claridad --y existe opinión común en este sentido-- que esas resoluciones son vinculantes para las partes contendientes. Se puede ir más lejos, inclusive, cuando el juicio recaer sobre actos que por su propia naturaleza tienen un ámbito subjetivo de aplicación que excede a las partes en el litigio: así, una ley, como se observó en la sentencia de interpretación del *Caso Barrios Altos*.

7. Puesto que la CADH y el Estatuto de la Corte Interamericana --ambos, producto de la voluntad normativa de los Estados Americanos que las emitieron-- confieren a la Corte la función de interpretar y aplicar la Convención Americana (y, en su caso y espacio, otros tratados: protocolos y convenciones que prevén, con múltiples fórmulas, la misma atribución dentro del *corpus juris* de derechos humanos), incumbe a ese tribunal fijar el sentido y alcance de las normas contenidas en esos ordenamientos internacionales.

8. Dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y operación de la Corte, no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional --lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos--, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el "criterio de interpretación y aplicación", éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a

través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida --insisto-- merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales.

9. Afortunadamente, en los últimos años --en los que se ha observado un notable desarrollo en diversos aspectos, entre ellos el jurisdiccional, del sistema interamericano de protección de los derechos humanos-- esa idea ha prevalecido en forma explícita y creciente. Son cada vez más los altos tribunales nacionales que la recogen. La recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos constituye uno de los rasgos positivos sobresalientes en la hora actual, que conviene reconocer, sostener y acrecentar.

10. Para mantener el paso firme en esa dirección, es preciso alentar la conexión expresa y suficiente --que resuelva colisiones y supere problemas de interpretación, que finalmente pueden significar incertidumbre o merma en el estatuto de derechos y libertades personales-- entre el orden interno y el orden internacional. Diversas constituciones modernas han enfrentado este asunto y provisto soluciones que "tienden el puente" entre ambos órdenes y a la postre benefician a quien es preciso favorecer: el ser humano. Así sucede cuando un texto supremo otorga el más alto valor a los tratados internacionales sobre derechos humanos o cuando advierte que prevalecerá, en caso de diferencia o discrepancia, la norma que contenga mayores garantías o más amplio derechos para las personas.

11. Si existe esa conexión clara y rotunda --o al menos suficiente, inteligible, que no naufrague en la duda o la diversidad de interpretaciones--, y en tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio "control de convencionalidad". Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea --que he reiterado-- de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional.

12. Este "control de convencionalidad", de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener --como ha sucedido en algunos países-- carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos.

13. Esto permitiría trazar un sistema de control extenso --vertical y general-- en materia de juridicidad de los actos de autoridades --por lo que toca a la conformidad de éstos con las normas internacionales sobre derechos humanos--, sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las disposiciones internacionales de esta materia se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta en la CADH y en otros instrumentos del *corpus juris* regional. Me parece que ese control extenso --al que corresponde el "control de convencionalidad"-- se halla



entre las más relevantes tareas para el futuro inmediato del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Sergio García Ramírez  
Juez

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretario

# LECTURA 3

Tomada de: Mauricio Iván Del Toro Huerta, "Retos de la aplicación judicial en México conforme a los tratados de derecho internacional de los derechos humanos", en Juan Carlos Gutiérrez (comp.), *La armonización de los tratados internacionales de derechos humanos en México*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea/SRE, 2005, pp. 119-197.

## RETOS DE LA APLICACIÓN JUDICIAL EN MÉXICO CONFORME A LOS TRATADOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS\*

Mauricio Iván del Toro Huerta\*\*

La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) por los jueces nacionales es un aspecto medular para que este ordenamiento internacional surta plenos efectos y cumpla el objeto y la finalidad que le corresponde: garantizar el debido respeto de los derechos humanos en toda circunstancia. Sin embargo, hablar de la aplicación judicial del DIDH no supone solamente referirse a los textos internacionales que resultan obligatorios para los Estados y en consecuencia para los jueces, en tanto órganos estatales, es preciso referirse a algunos de sus presupuestos, a sus características particulares, al contexto de su aplicación que determina en gran medida su interpretación y a los obstáculos objetivos (institucionales legales, normas, criterios jurisprudenciales, entre otros) y subjetivos (profesionalismo, capacitación, ideología, independencia e imparcialidad del juzgador) que limitan la aplicación correcta del DIDH.

Dentro de los presupuestos de aplicación judicial del DIDH están los aspectos legales y aquellos derivados de la práctica judicial. Los aspectos legales se refieren propiamente a las condiciones normativas necesarias para que la aplicación del DIDH sea posible en un Estado, esto es, que exista una norma internacional ya sea convencional o consuetudinaria y que sea obligatoria para el Estado. En este ámbito se analizan principalmente las cuestiones de jerarquía, validez, recepción en

---

\* Ponencia presentada en el Seminario La armonización de los tratados internacionales de derechos humanos en México, celebrado en Guadalajara, Jalisco, 14 y 15 de abril 2005.

\*\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). El presente trabajo forma parte de un estudio más amplio y se inscribe dentro de los trabajos realizados en el marco de las actividades de investigación del programa de doctorado que el autor realiza con el apoyo del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. El autor desea agradecer y dejar constancia de dicho apoyo.

el orden interno, interpretación, reservas y declaraciones interpretativas de los tratados, y la validez y aplicación de la costumbre internacional. Por otra parte, desde un punto de vista de la práctica judicial, para que la aplicación del DIDH sea posible es preciso que el juez tenga conocimiento de la existencia vinculante de determinada norma internacional, que conozca sus criterios de interpretación, las posibilidades y modalidades de su aplicación, que esté consciente de las obligaciones derivadas de su aplicación y las consecuencias posibles de una aplicación incorrecta o deficiente en términos de responsabilidad internacional del Estado.

Lo anterior supone no sólo conocer las normas, sino también sus límites y alcances, incluyendo con ello la consideración de criterios derivados de la jurisprudencia internacional y comparada que contribuyan a su debida interpretación. Cabe adelantar respecto de la interpretación que, dada su importancia para la debida aplicación del DIDH, es preciso que el juez conozca los criterios generales de aplicación de los tratados internacionales, así como los límites y alcances de la interpretación particular respecto de cada tratado, así como los criterios de jurisprudencia aplicables que puedan derivar en una interpretación más amplia en beneficio de los seres humanos. Para ello, es conveniente que el juez conozca y aplique los diferentes principios de interpretación de los derechos humanos, en particular el uso los siguientes Principios puede resultar especialmente conveniente dada la naturaleza de los derechos protegidos: el Principio *pro homine*, el Principio de interpretación evolutiva, el Principio de interpretación conforme, el Principio de la posición preferente de los derechos humanos y el Principio de maximización de los derechos y estándar mínimo.<sup>1</sup>

Además, es necesario referirse al contexto de aplicación del DIDH, pues tal actividad no se desarrolla de manera aislada, sino que está determinada por diferentes aspectos, en especial por la ideología y la cultura de los operadores jurídicos, pero también por el contexto nacional e internacional y su posible influencia. Igualmente útil es hacer notar los obstáculos posibles a la debida aplicación del DIDH por el juez nacional. Obstáculos que pueden derivar: a) de una legislación deficiente (imprecisa,

<sup>1</sup> Para una revisión general del tema, con especial referencia a nuestro país, véase Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM-Porrúa-CNDH, 2005, pp. 122 y ss.

vaga, incompatible) o por la falta de la misma; b) de una práctica judicial o de un criterio jurisprudencial reiterado y obligatorio que limite la aplicación del DIDH (como podría ser la restricción excesiva del ejercicio del control difuso de constitucionalidad); c) de la interferencia indebida de otros órganos del Estado con la consecuente interferencia en la independencia judicial; d) de la propia reticencia judicial a aplicar determinadas normas por consideraciones políticas (p.e. doctrina de la cuestión política, de los actos de Estado, argumentos basados en la soberanía y en la no intervención); ideológicas, que llevan a considerar los derechos humanos como “meros principios éticos sin valor jurídico” o por simple ignorancia de la normativa internacional.

Finalmente, cabe indicar que las soluciones a estos posibles obstáculos dependen en muchos aspectos de los cambios que se puedan producir tanto en la legislación en sí, como a través de los criterios de interpretación. Esto supone, sin embargo, un conocimiento de la importancia del DIDH, de sus limitaciones y posibilidades. Por ello, la constante educación, capacitación y actualización en DIDH es el primer paso para garantizar su aplicación. Para que exista y perdure una cultura de respeto a los derechos humanos, no basta con la ratificación de tratados internacionales o la introducción de reformas legislativas. Ello es indispensable. Sin embargo, hace falta su debida implementación judicial y para ello es necesario que se promueva el estudio y la reflexión en los foros judicial y académico; que se hagan explícitas las modificaciones necesarias, no sólo en la ley sino también en la práctica y en la conciencia de los operadores del derecho, desde los maestros universitarios, hasta los jueces constitucionales, pasando por todos los actores políticos y sociales cuya labor es fundamental en la promoción, defensa, protección y garantía de los derechos que a todos nos interesan y que a todos nos corresponden.

A continuación, se hace una referencia a la importancia del texto y el contexto de la aplicación judicial del DIDH en el entendido de que los jueces son funcionarios responsables que se rigen por principios claros de independencia e imparcialidad al emitir sus resoluciones, que están concientes de las normas que regulan el debido proceso y se rigen por la máxima *iura novit curia*, en el sentido de que el juez es un órgano estatal facultado y obligado a conocer, aplicar e interpretar la norma de manera que resulte útil en el marco del ordenamiento jurídico mexicano y, efectiva para proteger los derechos humanos. Si la decisión de aplicar o no una

norma vigente (sea de fuente interna o internacional) o de interpretarla adecuadamente, se basa en criterios distintos a los que supone el ejercicio responsable de una facultad y un deber judicial, y está motivada, no por un principio de responsabilidad, sino por los intereses personales, políticos o ideológicos del agente judicial, estamos ante supuestos de funcionamiento irregular de la administración de justicia que pueden responder a situaciones de corrupción judicial o falta de independencia e imparcialidad, que han de considerarse fenómenos patológicos que afectan y enferman desgraciadamente a muchas sociedades y estructuras estatales y judiciales en todo el mundo y que como tales, deben prevenirse, atenderse, estudiarse y eliminarse.

### *Texto y contexto en la aplicación judicial del DIDH*

La aplicación judicial del derecho, en general, y del derecho internacional, en particular, se inscribe dentro de un contexto más amplio que aquél que sólo supone una simple operación lógica de traslado de enunciados normativos de un texto legal a una sentencia judicial (previa calificación de determinados supuestos de hecho y su correlación de la norma). La labor judicial se concibe desde hace ya varias décadas como una tarea mucho más compleja. El estudio de la aplicación judicial del derecho es un tema recurrente en los debates doctrinarios en la actualidad y existe una amplia bibliografía sobre el destacado papel del juez en las sociedades contemporáneas (especialmente del juez constitucional), a raíz de la expansión a escala global del modelo de Estado constitucional predominante en muchos países del mundo. La consagración de los derechos humanos como fundamento de toda organización estatal supone la construcción de un modelo garantista diseñado precisamente para la protección y el ejercicio efectivo de tales derechos fundamentales consagrados en la Constitución. El constitucionalismo moderno otorga al juez constitucional la delicada e imprescindible tarea de velar en última instancia por la garantía de los derechos en el ámbito nacional.

Sin embargo, en la actualidad el discurso de los derechos ya no es más un discurso cerrado, como no lo es el constitucionalismo y la teoría constitucional. Cada vez más, principalmente a partir de segunda mitad del siglo pasado, el discurso constitucional se abre tanto a la pluralidad de las sociedades nacionales como al contexto internacional. La pretensión

de universalidad de los derechos más básicos supone que no existen límites ni fronteras en su vigencia y, que toda limitación desproporcionada e irrazonable debe ser considerada ilegítima y en última instancia indebida e ilegal. La apertura constitucional es un hecho verificable en muchos de los Estados que conforman la comunidad internacional, principalmente aquellos que han adoptado modelos institucionales de Estados constitucionales, democráticos y de derecho.<sup>2</sup>

Existen diferentes perspectivas que permiten entender el contenido más abierto de las constituciones contemporáneas a partir de la segunda posguerra. La primera hace énfasis en la influencia y las presiones políticas de ciertos Estados poderosos sobre otros para la adopción de regímenes constitucionales liberales. Esta perspectiva (llamémosle hegemónica) si bien permite identificar tendencias ideológicas y políticas respecto de la adopción o modificación de determinada normativa que pueden ser de utilidad cuando se estudian cuestiones de relativismo y pluralismo cultural, no explica por sí mismo el contenido de la normativa ni determina el sentido de su aplicación. Otra perspectiva supone el reconocimiento por parte de los Estados de la importancia cada vez mayor de los derechos humanos como principio fundamental de la comunidad internacional y a la necesidad de construir un orden nacional e internacional más democrático, más respetuoso de los derechos humanos y más justo. Esta segunda perspectiva (humanista) explica el contenido de las nuevas constituciones y orienta la interpretación de las normas, por lo tanto tiene mayor utilidad práctica. El constitucionalismo contemporáneo tiene ejemplos de ambas perspectivas, sin embargo, la tendencia a la humanización del derecho es una tendencia general que no sólo sirve para justificar ideologías liberales y criticarlas, sino que resurge como un reclamo legítimo en el seno de muchas sociedades tradicionales. Muchas de ellas reivindican el respeto de tales derechos en y por sus propios Estados y conciben la apertura del derecho constitucional al internacional como un complemento lógico y necesario dada la pretensión de universalidad de tales derechos y los límites prácticos de su respeto y ejercicio en el seno de las sociedades estatales.

<sup>2</sup> Al respecto, véase Del Toro Huerta, Mauricio Iván, “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVIII, Núm. 112, enero-abril de 2005, pp. 325-363.

No obstante la fuerte tendencia cultural a la apertura del derecho constitucional, el carácter cerrado o abierto de un ordenamiento jurídico responde en primer lugar a la concepción que se tenga respecto del mismo. Las ideas predominantes que tengan los operadores jurídicos respecto de los derechos humanos, la constitución, el derecho, la soberanía, la ley o la sentencia, van a determinar el alcance práctico de su aplicación e interpretación. Las ideas en última instancia están determinadas por su contexto histórico; su evolución y transformación es constante y depende por supuesto de muchos factores. Por ello es preciso concebir a la constitución dentro de su contexto cultural y no como un conjunto de disposiciones inmunes a toda influencia. Toda constitución forma parte de un proceso histórico y cultural. Constitución, historia y cultura son procesos vivos en constante interrelación, interdependencia y transformación.

El término “constitución” normalmente alude a un documento que establece la organización política de una sociedad. En cuanto tal, el contenido del texto constitucional varía de país a país y responde al contexto histórico-político de cada sociedad. Desde esta perspectiva, la constitución puede ser vista como una mera proclama política o como un documento cuyo contenido responde a los intereses del gobierno y de la clase política. Por otro lado, la constitución puede considerarse un texto fundamental de carácter normativo que establece los principios básicos de organización de los poderes públicos, así como un catálogo de derechos fundamentales, debidamente garantizados, que representan los compromisos que asumen los poderes públicos con los gobernados. De forma complementaria, la constitución puede ser entendida no sólo como el texto constitucional en sentido estricto, sino también como una ordenación cultural de la sociedad, esto es, como un proceso cultural abierto, definido no sólo por los textos normativos sino también por el contexto constitucional representado en textos doctrinales o jurisprudenciales, entre otras expresiones de pluralidad. Entendida así, la constitución es un proceso abierto que se nutre de la participación de la sociedad. La sociedad abierta de intérpretes de la constitución es aquella que considera las diferentes tendencias en el seno de la comunidad, que las respeta y que las incorpora de alguna forma al contexto constitucional.<sup>3</sup> La constitución es texto y contexto y sólo la

<sup>3</sup> Sobre el carácter abierto de la Constitución y de su interpretación, véase: Häberle, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, en *Retos actuales del Estado constitucional*, IVAP, Bilbao, 1996. pp. 15-46.



armonización de sus dos elementos permite comprender a cabalidad las funciones de los operadores jurídicos y del propio ordenamiento jurídico.

En este contexto garantista y abierto del Estado constitucional, los jueces, en tanto garantes últimos de los derechos fundamentales, tienen un papel fundamental. La consolidación de la jurisdicción constitucional como mecanismo efectivo para garantizar el Estado de derecho y la vigencia de la normativa constitucional es otra tendencia hacia la que se desplazan los Estados en la actualidad. La judicialización de la política supone el incremento de las competencias a los jueces y la mayor participación de los mismos en la construcción jurisprudencial del derecho constitucional.

La aplicación e interpretación por los jueces nacionales del derecho internacional público, en general, así como la del DIDH, depende de diferentes circunstancias tales como la jerarquía constitucional de las normas internacionales (rango supraconstitucional, constitucional, legal o infralegal); el modelo de recepción del derecho internacional en el orden interno (recepción automática o especial); los tratados ratificados por el Estado en cuestión y las reservas o declaraciones interpretativas a los mismos; la naturaleza de las obligaciones (obligaciones entre Estados, *erga omnes*); la naturaleza autoejecutable o no, de las normas internacionales; el conocimiento de las normas internacionales por los jueces nacionales y de sus criterios de interpretación; el grado de apertura de los jueces nacionales al aplicar el derecho internacional; el grado de independencia de la judicatura en temas relacionados con el derecho internacional y las relaciones exteriores de los Estados.

En este sentido, no existe una correlación directa e inmediata entre el mayor grado de apertura constitucional y la efectiva aplicación e interpretación de las normas internacionales. Esto depende de múltiples factores.<sup>4</sup> Por ello, no basta con modificar el texto constitucional si se ignora el contexto de su aplicación. Dicho contexto es relevante si

<sup>4</sup> Un ejemplo de ello es la Sentencia 1.942, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, el 15 de julio de 2003, mediante la cual convalidó en el derecho interno las denominadas “leyes de desacato” y estableció la habilitación para la censura previa, en contraposición con los criterios sostenidos al respecto, tanto por la Comisión como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en claro desconocimiento de los tratados internacionales que, sin embargo, encuentran un amplio reconocimiento en el texto constitucional venezolano. Para la consulta del texto ver [www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve). Un detallado comentario de esta sentencia se encuentra en Ayala Corao, Carlos, “La sentencia 1.942 vs. la protección internacional de los derechos humanos” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm 1, enero-julio, 2004, pp. 173-198.

se considera la importancia de la interpretación jurídica y su capacidad de modificación, adaptación y evolución del texto constitucional. Por ello, los tribunales, en especial los constitucionales, están llamados a ser los guardianes de la constitución, pero no sólo entendida como un texto “muerto” sino como un orden “viviente” que se recrea de la interrelación entre las diferentes prácticas sociales y de las múltiples interpretaciones. Mayor apertura del juez supone mayor participación, pluralidad y diversidad que en el fondo se refleja en la formación de consensos más amplios y de mayor legitimidad. La constitución así entendida es no sólo la cúspide del ordenamiento formal sino también la plataforma en donde todo converge, la puerta de entrada de la pluralidad y el espacio para la diversidad. El Tribunal Constitucional español lo ha expresado muy claramente “la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy distinto signo” (Sentencia 11/1981).<sup>5</sup>

La democracia pluralista requiere de un dialogo abierto al interior de las sociedades, de los distintos grupos y sectores sociales; el ejercicio de las libertades y la garantía de los derechos son fundamentales para construir vías de diálogo que permitan la convivencia en la pluralidad y el reconocimiento de la diversidad. Las constituciones de los Estados están llamadas a concretizar el conjunto de ideas y el patrimonio común de valores que conviven en las sociedades nacionales y en la comunidad internacional de la que forman parte. En este contexto, el DIDH viene a reforzar, conforme al Principio de complementariedad y subsidiaridad, la protección que los textos constitucionales ofrecen a nivel nacional, sin jamás imponerle límites. El DIDH es un derecho que establece estándares mínimos de protección y conforma una garantía objetiva a la actuación de los agentes estatales, cuando al interior de los Estados no existen mecanismos efectivos de respeto y garantía de los derechos humanos y

<sup>5</sup> Sobre la concepción cultural e histórica de la Constitución, véase, entre otros, Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*, Trad. Héctor Fix-Fierro, UNAM, México, 2001; —, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Trad. Emilio Mikunda, Tecnos, Madrid, España, 2000; Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y constitución*. Trad. y prólogo de Miguel Carbonell, Trotta, 2005. Sobre diferentes aspectos de la importancia de la cuestión judicial, ver Malem, Jorge *et al*, *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa-TEPJF-ITAM, 2003; Atienza, Manuel, *Cuestiones Judiciales*, México, Fontamara/Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2001.

de adecuada reparación en caso de vulneración. De ahí que los mecanismos internacionales de control, en especial los de naturaleza cuasi-judicial o judicial, cumplen una función complementaria del sistema de garantías nacional y, por tanto, al revisar la valoración de los hechos y la aplicación por los tribunales nacionales de los derechos reconocidos internacionalmente y de su adecuada interpretación, no pretende sustituir a los tribunales internos competentes sino exclusivamente revisar el cumplimiento por el Estado de sus obligaciones derivadas de sus compromisos internacionales, libre y soberanamente ratificados, y por tanto se encuentra facultado para declarar la responsabilidad internacional del Estado por la actuación de cualquiera de sus agentes (Ejecutivos, Legislativos o Judiciales) y, en su caso, determinar la reparación correspondiente.<sup>6</sup>

Como agentes del Estado e integrantes de uno de sus poderes constituidos, las actuaciones de los jueces nacionales comprometen la responsabilidad del Estado cuando son contrarias a las obligaciones derivadas de sus compromisos internacionales. En virtud del Principio de unidad estatal, todos los Poderes del Estado se encuentran obligados por el orden internacional y todo Estado es responsable por el comportamiento ilícito de sus órganos, sean Ejecutivos, Legislativos, Judiciales o de cualquier otra índole –Principio de unidad Estatal–.<sup>7</sup> Sin embargo, los jueces

<sup>6</sup> México ha dado pasos significativos en la aceptación de jurisdicciones y competencias de órganos de control y vigilancia del derecho internacional. Destaca el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del 16 de diciembre de 1998, y el reconocimiento de las competencias de diferentes comités temáticos de Naciones Unidas, el 15 de marzo de 2002, (v. gr. Comité de Derechos Humanos, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y Comité contra la Tortura). Al respecto, véase sobre diferentes temas relativos a la Corte Interamericana García Ramírez, Sergio, *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal*, México, Porrúa, 2003. Sobre el reconocimiento de la competencia de los comités por nuestro país, con especial referencia a su impacto en la práctica judicial, consultar Carmona Tinoco, Jorge U., “El significado de la aceptación de la competencia de los comités de Naciones Unidas, facultados para decidir peticiones individuales en materia de derechos humanos y su previsible impacto en la impartición de justicia en México”, *Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, Núm. 1, enero-junio 2003, pp. 161-192.

<sup>7</sup> Sobre los aspectos generales de la responsabilidad internacional en este ámbito, véase, entre otros, Rodríguez, Gabriela, “Normas de responsabilidad internacional de los Estados” en Martín, Claudia *et al*, *Derecho Internacional de los derechos humanos*, México, Universidad Iberoamericana-Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University-Distribuciones Fontamara, 2004, pp. 49-77; Del Toro Huerta, Mauricio, Iván, “La responsabilidad del Estado en el marco del Derecho

nacionales se convierten en piezas claves en tanto de ellos depende en muchas ocasiones que un caso llegue al conocimiento de una instancia internacional. Los jueces nacionales se convierten en garantías últimas en el plano nacional y por tanto, son pieza clave en la aplicación de la norma del previo agotamiento de los recursos internos.

La regla del previo agotamiento de los recursos internos y la doctrina del margen de apreciación, otorgan a los jueces la posibilidad de resolver en el ámbito estatal cualquier violación a los tratados internacionales de derechos humanos. El adecuado funcionamiento de los recursos internos no depende, sin embargo, de la mera existencia formal de las instancias judiciales, sino que deben ser adecuadas y efectivas para reparar la violación reclamada. De tal forma que la efectividad de los recursos puede depender de las condiciones y prácticas en que se desarrolla el proceso interno. En este sentido, las garantías judiciales y el derecho a un recurso efectivo son los principales parámetros de valoración de la conducta judicial. La independencia e imparcialidad de los jueces, el respeto al plazo razonable y, la debida motivación y fundamentación son sólo algunos ejemplos de tales garantías.

Aunque en nuestro país el deber de investigar las violaciones a los derechos humanos recae principalmente en el Ministerio Público, a los jueces les corresponde vigilar que tal deber sea cumplido con todo rigor y seriedad y lleve a resultados congruentes y objetivos. El derecho a la verdad supone también una investigación seria que lleva al esclarecimiento de los hechos y a la sanción de los responsables y, no a un estado de impunidad. El incumplimiento de las debidas garantías o la ineficacia de los recursos internos, sea por inexistencia de los recursos o por prácticas judiciales que los hagan inoperantes, conlleva a la responsabilidad internacional del Estado, lo que puede agravar las circunstancias si con ello se propicia una situación generalizada de impunidad. De igual manera, los jueces muchas veces son los encargados de hacer efectivo el derecho a una reparación adecuada por cualquier violación de un derecho fundamental; la debida reparación forma parte de los deberes básicos de garantía

Internacional de los Derechos Humanos”, en Méndez Silva, Ricardo, (coord.) *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2002, pp. 663-686; Aguiar, Asdrúbal, *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, Monte Ávila Editores Latinoamericana-Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela, 1997.

de los derechos. Ahí donde no existe una reparación que en verdad cumpla con su finalidad de mitigar los efectos y los daños derivados de una obligación, no puede hablarse de la existencia de un sistema judicial efectivo ni de un Estado constitucional.

Los tribunales internacionales o los mecanismos cuasi-judiciales son complementarios y en cuanto tales no sustituyen –ni lo pretenden– a las autoridades nacionales. Su misión es contribuir a garantizar los derechos fundamentales de los individuos que no han tenido una adecuada garantía en el ámbito interno y que de otra forma estarían a la merced de las autoridades y órganos estatales, entidades a las que se atribuyen la mayoría de las violaciones a los derechos humanos o que están encargadas de la debida investigación, sanción y reparación de tales violaciones.

Los jueces nacionales cuentan con diversas herramientas para hacer efectivos los derechos humanos fundamentales. En su desempeño, los jueces actúan como agentes del derecho internacional pues de ellos depende, en última instancia, que tales derechos se hagan efectivos. Por eso se habla de un desdoblamiento funcional de los jueces como agentes del Estado, al mismo tiempo que como agentes del derecho internacional encargados de su efectiva aplicación. Una de las herramientas más útiles en la práctica judicial es la interpretación; por ello, es conveniente que los jueces conozcan las reglas de interpretación de los tratados, así como los criterios de interpretación que permitan la mayor efectividad de los derechos. La interpretación evolutiva, el Principio *pro homine*, el criterio del efecto útil de los tratados, son sólo algunos de los criterios que los jueces aplican en aras de hacer efectivos los derechos. Otros criterios de solución de conflictos pueden ser de utilidad si el ordenamiento interno subordina la aplicación de los tratados a la ley o a la norma constitucional: los Principios de la ley especial, de interpretación conforme y de maximización de los derechos, también pueden resultar de gran utilidad.

En la medida en que el juez nacional, en especial el constitucional, asume su papel de garante de los derechos fundamentales, necesariamente tendrá que acudir a los criterios que más beneficien su correcta aplicación e interpretación. Frente a este requisito de eficacia, la cuestión de la jerarquía de los tratados en el orden interno, cede terreno al valor persuasivo de los argumentos en aras de la finalidad última de todo orden jurídico y base de nuestra tradición constitucional: la protección de los derechos fundamentales de los individuos.

En esta nueva orientación de la interpretación hacia los mejores causes de protección, la jurisprudencia internacional puede resultar de gran valor dada su especialización. El derecho comparado también es importante si los jueces se asumen como agentes de un orden mayor a aquel que encuentra sus límites en las fronteras estatales y participan de los valores fundamentales de la comunidad internacional.<sup>8</sup>

El contexto constitucional de la aplicación judicial de los derechos humanos está determinado por la presencia simultánea de procesos culturales complejos. La globalización es quizá el fenómeno más característico del tiempo presente. El incremento de la complejidad, la mayor interrelación entre los diferentes actores sociales y las transformaciones sustantivas e ideológicas de la organización social tanto en el ámbito nacional como internacional, impactan no sólo en la concepción del mundo en tanto modifican las concepciones tradicionales espacio-temporales, sino también los modelos de organización estatal, la producción y la aplicación normativa.<sup>9</sup> Al mismo tiempo, otros fenómenos se dan cita en el escenario actual: la internacionalización del derecho y de los derechos humanos, el constitucionalismo contemporáneo y la judicialización del derecho y la política tanto en el ámbito nacional como internacional, son otros fenómenos que repercuten directamente en la aplicación del derecho internacional y más aún, en la propia concepción del papel de los jueces en las sociedades contemporáneas. Por ello, se considera imprescindible analizar no sólo el contexto constitucional de la aplicación del derecho internacional, sino también el contexto histórico y cultural que sirve de marco a cualquier actividad estatal.

<sup>8</sup> Sobre la importancia del derecho comparado véase, entre otros, Bermann, G., “Le Droit Comparé et le Droit International: Alliés ou ennemis? La Conférence”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, No. 3, Juillet-septembre, 2003, pp. 520-537; Häberle, Peter, “Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica” en Pérez Luño A. (coord.), *Derecho y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996, pp. 151-186; Rolla, Giancarlo, “Derechos Fundamentales y Estado Democrático: el papel de la justicia constitucional” en *Derechos Fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México, 2002.

<sup>9</sup> Sobre el tema de la globalización y su impacto en el fenómeno jurídico véanse los trabajos compilados en los libros, Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, 2ª Ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 2003 y, Díaz Müller, Luis (coord.), *Globalización y Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México-IIJ, México, 2003. Asimismo, para una revisión general del fenómeno de la globalización del derecho, Santos, Boaventura de Sousa, *La Globalización del Derecho. Nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Trad. César Rodríguez, 2ª reimp.,

### *El Contexto histórico y cultural de aplicación judicial del DIDH*

La actuación del juez nacional no se sitúa exclusivamente en el contexto de una normativa particular. Esto es, el juez no vive en una burbuja al margen de la realidad, de la historia y de la cultura. El contexto de la aplicación judicial del derecho está determinado por su momento histórico.

En la actualidad los jueces se sitúan en un escenario cambiante y complejo, determinado, al menos, por cuatro fenómenos globales: la mundialización o globalización; la internacionalización de los derechos humanos; el (neo) constitucionalismo democrático y la judicialización.<sup>10</sup>

La mundialización o globalización transforma y altera las relaciones tradicionales entre los diferentes actores sociales, tanto a nivel nacional como internacional. Las transformaciones derivadas de este fenómeno en el ámbito jurídico son también significativas y repercuten en distintos aspectos, lo mismo en el ámbito estatal que internacional. Asimismo, la aplicación judicial del derecho en general, y del DIDH, en particular, no está al margen de tales procesos de mundialización. Por el contrario, en la actualidad, si bien se considera que la actuación de los jueces nacionales en la aplicación del derecho internacional se encuentra determinada, en un primer momento, por el propio ordenamiento jurídico estatal y por los tratados internacionales vigentes en dicho Estado y, las normas generales de derecho internacional, el análisis de tal actividad jurisdiccional debe ubicarse en un contexto global marcado por la consecución de tendencias simultáneas que sitúan al juez nacional en una posición singular sin precedentes, tanto en el ámbito nacional como internacional.<sup>11</sup>

ILSA-Universidad de Colombia, 2002 y Twining, William, *Derecho y Globalización*, Trad. Óscar Guardiola-Rivera et. al, Universidad de los Andes-Instituto Pensar-Siglo del Hombre editores, Colombia, 2003. Para un estudio enfocado al tema de los derechos humanos véase también Julios-Campuzano, Alfonso de, *La Globalización Ilustrada. Ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”-Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, España, 2003.

<sup>10</sup> En nuestro país la actuación de los jueces se desarrolla en un contexto de transición política, de judicialización creciente de cuestiones políticas, de mayor independencia de la judicatura, pero también de creciente deterioro de las instituciones y pérdida de la legitimidad. Sobre el papel del poder judicial véanse los trabajos recogidos en Instituto Federal Electoral, *El Poder Judicial en la transición y consolidación democrática en México*, México, IFE, 2004.

<sup>11</sup> Para un análisis más amplio, consultar Del Toro Huerta, Mauricio I., “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, *op. cit.*, pp. 326 y ss.

Los jueces nacionales desde esta perspectiva adquieren una condición intermedia entre la sociedad y el Estado del que forman parte y, entre dicho Estado y la comunidad internacional. Las razones de esta condición son diversas y están determinadas, entre otras cosas por: a) la expansión a escala planetaria del reconocimiento y protección de la dignidad humana más allá de los límites estatales e incluso, de los relativismos culturales; b) el papel asignado a los jueces en el ámbito interno por el constitucionalismo contemporáneo; c) la creciente multiplicación de tribunales internacionales, la consolidación de tribunales regionales especializados en materia de derechos humanos (p.e. el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cada vez más próxima Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos), el consecuente incremento en la jurisprudencia internacional (que cada vez más repercute en la aplicación del derecho internacional en el ámbito interno), y la revisión internacional por órganos judiciales o cuasi-judiciales de los comportamientos de los diferentes agentes estatales para determinar la responsabilidad internacional de los Estados; d) la juridización y judicialización crecientes de la vida política y; e) la internacionalización de diversas materias antes consideradas de exclusivo dominio estatal que exigen una garantía judicial interna o internacional.

En el ámbito de los derechos humanos, los jueces, como garantes de tales derechos en el orden interno, desempeñan una misión fundamental de garantía y control de los poderes públicos. Asimismo, en tanto agentes del Estado, los jueces nacionales son generalmente los encargados de conocer y remediar cualquier violación a los derechos humanos reconocidos en el ámbito internacional antes de que un caso se presente ante una instancia internacional. Así, los jueces son la pieza clave en la aplicación de la regla de previo agotamiento de los recursos internos. La existencia, pertinencia y eficacia de tales mecanismos de garantía, constituyen a su vez un derecho de los individuos y un deber de los Estados de adecuar su ordenamiento interno a los estándares internacionales. En el adecuado funcionamiento de los órganos judiciales nacionales se hace efectivo el Principio de subsidiariedad del DIDH.<sup>12</sup>

El proceso de formación, consolidación y desarrollo progresivo del DIDH ha modificado la estructura del derecho internacional al incorporar

<sup>12</sup> *Idem.*



como principio constitucional y supremo del ordenamiento, el respeto a los derechos humanos de los individuos, relativizando el Principio de soberanía estatal y generando una serie de mecanismos diversos con efectos jurídicos variables que constituyen todo un entramado destinado al fin común de respetar y garantizar tales derechos, tanto en el ámbito nacional como internacional. La creación de jurisdicciones internacionales especializadas en el ámbito regional ha impulsado el proceso de judicialización y ha motivado también importantes reformas administrativas, legales y judiciales. La jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos y de los demás órganos especializados de naturaleza cuasi-judicial adquiere una importancia mayor al ser el criterio orientador de los agentes estatales y el parámetro de aplicación e interpretación de los derechos humanos. El auge de la jurisprudencia internacional y su incorporación al ámbito interno, han motivado el aumento del diálogo interjudicial vertical y horizontal y, han fomentado un debate que poco a poco comienza a ser más evidente y cada vez más importante.

La constitucionalización de los derechos humanos, la apertura constitucional al derecho internacional y la conformación de tribunales constitucionales encargados de garantizar los derechos fundamentales han reforzado la protección nacional de estos derechos y consolidado una jurisprudencia constitucional comparada que a su vez motiva a la reflexión y al diálogo horizontal entre cortes y tribunales supremos y constitucionales, incrementando los niveles de protección y estimulando mejores métodos de interpretación. Es preciso que los jueces hagan conciencia de su papel en el nuevo escenario global y asuman su posición como guardianes de la constitución y del derecho internacional. La independencia de los tribunales es condición indispensable para la garantía de los derechos.

La judicialización del derecho interno y de la política internacional, con todas sus limitaciones, salvedades y reservas, contribuye a incrementar la interacción y los niveles de comunicación y diálogo fomentando la reflexión sobre los mecanismos de garantía de los derechos humanos y sobre su eficacia nacional e internacional. Los jueces asumen un papel más protagónico y en la medida en que se incremente su actividad y la litigiosidad internacional, terminarán consolidándose como actores singulares en el escenario internacional y reforzando su papel en la producción jurídica. El valor persuasivo de la jurisprudencia internacional está también ganando terreno sobre los límites formales de sus ámbitos de

competencias y constituye un *corpus* jurisprudencial que cada día permea más en la esfera estatal. La jurisprudencia internacional toca a las puertas de las cortes nacionales y muchas responden al llamado.

La compleja realidad del mundo globalizado hace necesario mirar con más atención al interior de los Estados y al exterior de los mismos, mirar cómo se desarrollan en la práctica las relaciones internacionales entre gobiernos y entre entidades autónomas (Poderes Legislativo, Judicial, etcétera), observar la compleja interacción entre los actores internacionales e intra-estatales y descubrir, como sugiere A.M. Slaughter, las complejas redes de gobierno (*government networks*) que hacen posible la operatividad de los sistemas nacionales e internacional. Desde esta óptica disgregacionista, es posible identificar un orden mundial mucho más complejo y descentralizado, pero a la vez más comunicado y cada vez mejor informado, con mejores capacidades para resolver muchos de los problemas globales y renuente a las posiciones reduccionistas que todo unifican y mucho esconden. La visión de una sociedad internacional, que opera a través de redes de gobernabilidad donde participan actores estatales e intraestatales, al igual que organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales, nos lleva necesariamente a reevaluar la forma en que ejercen el poder los órganos del Estado.<sup>13</sup> Desde esta perspectiva, la soberanía estatal modifica su rostro cerrado y se abre a la participación responsable hacia los derechos de sus propios ciudadanos en su calidad de seres humanos.

La aplicación judicial del DIDH, en la actualidad, rebasa cualquier análisis formal que quiera hacerse respecto de los modelos de recepción o jerarquía del derecho internacional en el orden interno. No es suficiente para comprender, a cabalidad, las potencialidades de la judicatura si reiteradamente se remite el estudio de la actividad judicial a los criterios rigurosamente formales de implementación del derecho internacional. Esto es necesario, pero no suficiente. Ha de insistirse en el nuevo papel de los jueces en el mundo contemporáneo, en la dinámica de interrelación y diálogo que se está generando en muchas partes del planeta y en la necesidad de fijar estándares comunes que permitan generar respuestas comunes a los problemas comunes.

<sup>13</sup> Cfr. Slaughter, Anne-Marie, *A new World Order*, Princeton University Press, 2004.

### *Retos de la aplicación judicial del DIDH*

Como en cualquier otra actividad estatal, los principales retos están referidos al cumplimiento cabal de las funciones que el ordenamiento les confiere, en el efectivo ejercicio de sus atribuciones, en alcanzar sus propósitos y satisfacer las justas demandas de los ciudadanos como titulares de los derechos de soberanía, en reproducir y fomentar los valores compartidos por la sociedad y en motivar los cambios necesarios para satisfacer las exigencias que devienen con el correr del tiempo. Para el Poder Judicial, los retos en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos se definen a partir del papel de órganos de garantía de los derechos humanos.

El papel de los jueces en un Estado constitucional y democrático consiste en ser mecanismos de control de los otros poderes públicos, así como de los poderes privados; en ser instrumentos de garantía de los derechos humanos fundamentales de todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado.<sup>14</sup> Además, la función judicial tiene la importante misión de interpretar la constitución, los tratados y la ley, y con ello, dotar de sentido a los enunciados normativos. El juez es un constructor del orden jurídico, un arquitecto de la legalidad estatal y un promotor de los valores del Estado constitucional que no son otros sino el respeto de los derechos humanos, el control del poder, el fomento de la democracia y la garantía de transformación del orden constitucional.

En el ejercicio de sus funciones los jueces, a través de la interpretación, reducen la complejidad propia de la inflación legislativa y de la juridización de la vida social. Los jueces, en particular los constitucionales, son los guardianes últimos de los principios constitucionales que sustentan la organización estatal. Son, por ello, garantes de la apertura constitucional y de la diversidad y, por tanto, están llamados a preservar la vigencia efectiva de los Principios de libertad e igualdad. Tal defensa de la constitución no puede hacerse sino a través de la argumentación, ya no es válida la premisa del Principio de autoridad como única fuente de legitimación. La justificación de las decisiones judiciales es garantía no sólo de su independencia, sino también de su legitimación. Es

<sup>14</sup> Ferrajoli, Luigi, “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho” en *Justicia Electoral*, Año 2003, Núm. 18, pp. 23-30.

preciso que el juez considere el ejercicio de su función a partir del contenido material del ordenamiento (Principios que sustentan al Estado constitucional: p.e. derechos humanos, democracia, división de poderes, apertura constitucional) y del compromiso de garantizar la apertura y la transformación del derecho constitucional. Un Estado constitucional es abierto y cooperativo porque proyecta al exterior el sistema de valores que promueve hacia el interior y está abierto a la transformación porque se concibe como un puente entre el pasado y el futuro, como parte de un proceso cultural más amplio, en constante transformación.<sup>15</sup>

Ahora bien, los retos de los jueces en tanto instrumentos de control y garantía, se concretan fundamentalmente en su deber aplicación del derecho vigente (sea de fuente nacional o internacional) y particularmente en su deber de velar por una adecuada investigación de las violaciones a los derechos humanos; en su deber de garantizar el derecho a la verdad y con ello luchar contra la impunidad; en su deber de sancionar a los culpables de una violación a los derechos humanos; en el deber de reparar las consecuencias de tales violaciones y; en el de promover una cultura de respeto de los derechos humanos. Todo ello en el marco de respeto a las garantías judiciales y las normas del debido proceso.

Para ello, los jueces tienen que actuar en el ejercicio de su autoridad de forma tal que permitan garantizar el cumplimiento de tales deberes. En este sentido, tienen que cumplir con las formalidades del debido proceso, garantizar su independencia e imparcialidad, justificar sus decisiones y garantizar la apertura constitucional. Para los jueces nacionales, el DIDH no es sólo un parámetro de aplicación del derecho nacional, sino también fuente de deberes inexcusables—dada la importancia de los derechos en juego y el papel que les es asignado en los Estados constitucionales y democráticos—.

### 1. Principales deberes del juez conforme con el DIDH

En el marco del DIDH, el Estado está obligado a cumplir con sus deberes generales de respeto y garantía. La obligación de respetar implica una obligación general del Estado de no vulnerar los derechos humanos. La obligación

<sup>15</sup> Sobre la noción de Estado cooperativo véase Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*, Trad. Héctor Fix-Fierro, UNAM, México, 2001.

de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos es una obligación compleja que abarca los siguientes deberes: a) prevenir las violaciones a los derechos humanos; b) investigar las violaciones ocurridas; c) sancionar a los responsables y; d) reparar las consecuencias de las violaciones.<sup>16</sup> A continuación se hacen algunas reflexiones sobre estos deberes a partir de los criterios seguidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), máxima autoridad regional en la materia:

a) Deber de prevenir las violaciones a los derechos humanos

El deber de prevención está ligado al deber general de adecuar el orden interno que supone la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a los derechos humanos, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías (p.e. normas sustantivas como consagración de tipos penales o normas procesales e instrumentos de garantía). Al respecto, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado parte. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado ...”<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Sobre el deber de garantía en el marco del Sistema Interamericano véase, entre otros, Nikken, Pedro, “El deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos hasta las fronteras del Pacto de San José” en Arismendi, Alfredo y Caballero Ortiz, Jesús (coords), *El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, T. III, Madrid, Civitas, 2003, pp. 2439-2482.

<sup>17</sup> Véase, entre otros, Corte IDH, *caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 175.

Además, como ha reiterado el mismo Tribunal: “Este deber general del Estado parte, implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (Principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el Artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.”<sup>18</sup>

Dentro de las prácticas judiciales que deben modificarse, están aquellas que impiden o suponen la negación al derecho de acceso a la justicia y al debido proceso. Por ejemplo, aquellas que propician la duración injustificada del proceso. Al respecto, en relación con el proceso judicial interno y su duración, la Corte Interamericana ha establecido que “Aquél termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción y, particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse.”<sup>19</sup>

Con respecto al plazo razonable de que trata el Artículo 8.1 de la Convención Americana, la Corte IDH ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales.<sup>20</sup>

Así, por ejemplo, en el *caso Suárez Rosero*, la Corte estimó que el transcurso de cuatro años y dos meses entre la detención y la sentencia sobre la apelación final de la víctima, “... excede en mucho el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana.” Asimismo, la Corte consideró que “una demora prolongada puede llegar a constituir por sí misma, en ciertos casos, una violación de las garantías judiciales.” Por tanto, “corresponde al Estado exponer y probar la razón por lo que se ha requerido más tiempo que el que sería razonable en principio para

<sup>18</sup> Corte IDH, *caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 213.

<sup>19</sup> Cfr. Corte IDH, *caso Suárez Rosero*, párr. 71; *caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 142.

<sup>20</sup> Entre otras, Corte IDH, *caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, Sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C No. 120, párr. 67.

dictar sentencia definitiva en un caso particular, de conformidad con los criterios indicados.”<sup>21</sup>

Asimismo, la Corte IDH ha establecido en su Opinión Consultiva OC-16/99, que “Para que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”. En este orden de consideraciones, la Corte ha dicho que “Para que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales, es preciso que en él se observen todos los requisitos que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, es decir, las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.”<sup>22</sup>

En la misma Opinión Consultiva, la Corte IDH dispuso que para alcanzar sus objetivos, “El proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el Principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.”

Velar por la aplicación de tales medidas y ejercerlas le corresponde tanto al legislador respecto de los aspectos legislativos, como a los jueces respecto de las prácticas judiciales y a la interpretación que permita el efecto útil de las garantías judiciales. Esto es así porque como ha reiterado la Corte IDH, no basta con que se prevea la existencia de recursos judiciales internos si estos no resultan efectivos para combatir la violación de los derechos protegidos por la Convención. La garantía de un recurso efectivo

<sup>21</sup> Corte IDH, *caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 145.

<sup>22</sup> Corte IDH, *caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 147.

“constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática, en el sentido de la Convención”. Asimismo, los jueces deben no sólo seguir los lineamientos de la Convención, sino también deben abstenerse de aplicar las leyes incompatibles con la misma y señalar oportunamente al legislador su deber de adecuar el orden interno a la normativa internacional.

Otra modalidad de prevención de violaciones a los derechos humanos, particularmente aquellas cometidas por los propios jueces es a través de la promoción, el estudio y el fomento de una cultura de respeto a los derechos humanos. La difusión de los textos internacionales y de las sentencias internacionales para efecto de conocimiento de los jueces, así como la debida capacitación para su correcta interpretación es fundamental para crear un ambiente propicio a la aplicación del DIDH; por supuesto, este aspecto no supone un deber estrictamente hablando, pero puede prevenir futuras violaciones a los derechos humanos.

- b) Deberes sustantivos derivados del respeto del derecho de acceso a la justicia (garantías judiciales, debido proceso) y del derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo

Los jueces tienen el deber de garantizar la efectividad no sólo de los derechos humanos en general, sino especialmente de aquellos relacionados directamente con el ejercicio de la función judicial. En este sentido, conforme a las normas que rigen el debido proceso, se reconoce que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (Art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En opinión de la Corte IDH, el Artículo 8 de la Convención, consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte, de cualquier otra manera, el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia



administración de justicia, debe entenderse contraria a dicho precepto. Tales prácticas deben suprimirse.

Asimismo, respecto del derecho a un recurso sencillo previsto en el Artículo 25 de la Convención, se considera que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

En opinión de la Corte, el Artículo 25 de la Convención, también consagra el derecho de acceso a la justicia al establecer la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Y ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que estén reconocidos por la constitución o por la ley.

La Corte ha señalado, en reiteradas oportunidades, que la garantía de un recurso efectivo “... constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención” y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el Artículo 25 de la Convención, no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata, constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el Artículo 25 de la Convención Americana.

c) Deber de investigar los hechos y sancionar a los responsables

La investigación de los hechos debe de realizarse con la debida diligencia y seriedad y no como una mera formalidad carente de resultados o condenada de antemano a ser infructuosa. Debe de tener sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses de particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima, de sus familiares o de la aportación privada de

elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. En consecuencia, en caso de ser procedente, los jueces deberán aplicar las sanciones correspondientes de conformidad con el derecho aplicable y siguiendo los Principios debidos de proporcionalidad, así como los Principios generales de valoración de la prueba.<sup>23</sup>

d) Deber de reparar el daño

La Corte ha reiterado, conforme a los principios de derecho internacional aplicables, que toda violación de una obligación internacional que ha producido daño trae consigo el deber de repararlo adecuadamente. Al respecto, el Artículo 63.1 de la Convención Americana, señala:

[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Tal precepto convencional “recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados”. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación.

La reparación del daño requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, el tribunal internacional debe determinar las medidas que garanticen los derechos conculcados, eviten nuevas violaciones y reparen las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer la indemnización que compense por los daños ocasionados. El Estado obligado no puede invocar disposiciones

<sup>23</sup> Entre otras, Corte IDH, *caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, Sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C No. 120, párrs. 61-65.

de derecho interno para modificar o incumplir la obligación de reparar. Ésta queda sujeta en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) al derecho internacional.

En consecuencia, las reparaciones, como el término lo indica, “consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer o mitigar los efectos de las violaciones cometidas”. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. En este sentido, las reparaciones que se establezcan, deben guardar relación con las violaciones declaradas por la instancia internacional y con la gravedad de los hechos probados.<sup>24</sup>

Así, conforme con estos principios generales, por una parte, los jueces están obligados a reparar las violaciones a los derechos humanos independientemente de que exista un pronunciamiento de la autoridad internacional. Por la otra, una vez declarada la responsabilidad internacional, por una instancia de la misma naturaleza, los jueces están obligados a cumplir los deberes derivados de dicha declaración, en particular los deberes de investigar los hechos y sancionar a los responsables, pues se considera el derecho a la verdad también como una forma de reparación.

#### e) Deber de luchar contra la impunidad y derecho a la verdad

La Corte ha entendido como impunidad “la falta, en su conjunto, de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles, ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.”<sup>25</sup>

En consecuencia, una situación de grave impunidad constituye una infracción del deber del Estado de investigar y sancionar a los responsables de los hechos violatorios de los derechos humanos que lesiona a las víctimas, así como a sus familiares y que propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos de que se trata. Basta decir que en

<sup>24</sup> Entre otras, Corte IDH, *caso Huilca Tecse vs. Perú*, Sentencia de 3 de marzo de 2005, párrs. 86 y ss.

<sup>25</sup> Corte IDH, *caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 148.

el marco del DIDH, como ha reiterado la Corte, existe un derecho de las víctimas y sus familiares de conocer lo que sucedió y de saber quiénes fueron los agentes del Estado responsables de los hechos. En este sentido, el Estado y en particular, los jueces y ministerios públicos, tienen el deber de investigar los hechos y sancionar a las personas responsables, obligación que debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad. Como ha reiterado la Corte “las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y sus familiares, en su caso, tienen el derecho a conocer la verdad.” Este derecho, al ser reconocido y ejercido en una situación concreta “constituye un medio importante de reparación”, por lo tanto, da lugar a la expectativa de que el Estado debe satisfacer a las víctimas.<sup>26</sup>

Tales son algunos de los deberes de los jueces nacionales, en tanto órganos del Estado encargados de la garantía judicial de los derechos humanos. Ahora bien, el cumplimiento de tales deberes supone no sólo el conocimiento de la normativa internacional sino también de las consecuencias de su inobservancia, que en última instancia pueden generar la responsabilidad internacional del Estado. Por ello, la aplicación e implementación judicial de los tratados de derechos humanos ha de hacerse considerando su propia naturaleza y en el entendido de que los jueces nacionales actúan como agentes del orden internacional y promotores de una conciencia jurídica mucho más amplia, una conciencia jurídica de vocación universal que empuja y refuerza la idea de dignidad humana como premisa fundamental de toda organización humana, sea nacional o internacional, dentro o allende las fronteras estatales.

### *Implementación judicial del derecho internacional*

Hablar de la implementación del derecho internacional dentro de los sistemas jurídicos nacionales supone hablar de una serie de temas que se encuentran interconectados, pero que conviene diferenciar para su mejor apreciación. Así, se habla de la implementación del derecho internacional en el orden interno, de las relaciones de jerarquía que se establecen entre ambos ordenamientos, de las diferentes técnicas de recepción o incorporación de la norma internacional en el derecho interno y de las

<sup>26</sup> Corte IDH, *caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004, párrs. 228 y ss.

diferentes modalidades de aplicación de las normas internacionales de acuerdo con su origen y naturaleza ya se trate de normas auto-ejecutivas o no. Todos estos aspectos suponen, ante todo, una concepción general del derecho internacional, de su función y de su forma de operación. Asimismo, la relación entre ordenamientos depende de la idea que se tenga de las relaciones internacionales, del Estado, de su constitución y de su función en el mundo contemporáneo. El desarrollo del Estado constitucional supone concebir la organización estatal como una organización al servicio de las justas exigencias de los individuos y del respeto de sus derechos fundamentales.

La tradicional discusión entre posturas dualistas o monistas como parámetro para definir la operación y la interrelación entre el derecho internacional y el derecho interno, ha dado paso a una visión más integral del fenómeno jurídico que supone la concepción dinámica del derecho en general, cuyas fronteras no están tan determinadas como supone la visión que postula un límite claro entre el derecho nacional y el internacional. Si bien muchos de los Estados no aceptan la idea de una incorporación automática del derecho internacional y por tanto rechazan el monismo tanto de supremacía nacional como internacional, lo cierto es que la realidad de la interrelación entre ambos sistemas está lejos de suponer la visión dualista que concibe la existencia de dos sistemas separados con sus propias reglas, sujetos y finalidades.<sup>27</sup> El desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos es un claro ejemplo de la interrelación entre ambos sistemas, de sus influencias recíprocas, de su necesaria complementariedad en aras de garantizar los derechos más fundamentales tanto del orden internacional como nacional. La mayor apertura constitucional y la incesante internacionalización del derecho en general, hace necesario reconocer la función primordial del derecho como un sistema de garantías tanto nacionales como internacionales, que tienen como última finalidad proteger los derechos más fundamentales del individuo.

#### 1. La implementación del derecho internacional. Aspectos generales

En general, la implementación del derecho internacional significa no sólo la incorporación de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico

<sup>27</sup> Cfr. Cassese, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, 2001, pp. 162 y ss.

interno a través de la adopción de medidas legislativas, administrativas, judiciales o de cualquier otro carácter, sino también los diferentes modos de hacerlas efectivas. Esto supone, en la mayoría de los casos, la reforma de la normativa interna a través de modificaciones legislativas de carácter constitucional y/o legal, así como la modificación o adopción de criterios jurisprudenciales que incorporen la norma internacional al orden interno. Por su parte, el cumplimiento de estas normas, que presupone la implementación de las mismas, se refiere al grado de consonancia entre la conducta de los agentes estatales y sus obligaciones derivadas de las normas internacionales; esto es, al grado en que los actos estatales (sean Ejecutivos, Legislativos o Judiciales) se adecuan a las normas internacionales así como a las medidas adoptadas para su implementación.<sup>28</sup> En consecuencia, la implementación del derecho internacional, para ser realmente efectiva, requiere la adecuada aplicación e interpretación de las normas internacionales por los operadores jurídicos internos, lo que en última instancia supone su cumplimiento.<sup>29</sup>

En este sentido, la incorporación del derecho internacional responde ante todo a un deber jurídico de los Estados, derivado de sus compromisos internacionales. Tales compromisos pueden derivar de la firma, adhesión o ratificación de un tratado internacional; de la existencia de una costumbre internacional jurídicamente exigible; de una norma imperativa de derecho internacional (*ius cogens*); de una resolución del Consejo de Seguridad con carácter obligatorio; o de cualquier otra obligación exigible a los Estados.

El deber de adecuación del orden interno al internacional es un principio general del derecho internacional que responde a la obligación de cumplir con los compromisos internacionales de buena fe y al Principio de supremacía del derecho internacional.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Shelton, Dinah, "Law, Non-Law and the Problem of 'Soft law'" en Shelton, Dinah (eds.) *Commitment and Compliance. The Role of None-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, 2000, p. 5.

<sup>29</sup> Sobre la aplicación judicial de los tratados de derechos humanos véase, Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "La aplicación judicial de los tratados internacionales de los derechos humanos" en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2002, pp. 181-209.

<sup>30</sup> Es importante recordar que el incumplimiento de las obligaciones de adoptar las normas internas al derecho internacional puede derivar en responsabilidad internacional. Sobre el particular, véase Del Toro Huerta, Mauricio Iván, "La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de,

El principio fundamental de la buena fe en las relaciones internacionales se expresa en la máxima *pacta sunt servanda*<sup>31</sup> y se encuentra recogido en el Artículo 26 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, que dispone: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Así lo ha reiterado también, en el ámbito del DIDH, particularmente en el Sistema Interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte) al señalar que “según el derecho internacional, las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe.”<sup>32</sup>

Uno de los efectos directos de la obligación de cumplir de buena fe con las normas internacionales es su implementación en el orden interno. Particularmente, respecto de la modificación del orden interno de conformidad con el internacional; la adopción de todas las medidas necesarias para garantizar los derechos reconocidos en los tratados internacionales; así como respecto del cumplimiento de las resoluciones y sentencias internacionales. Sobre el particular, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su Artículo 2, el deber general de adoptar disposiciones de derecho interno, en los siguientes términos:

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones

Derechos Humanos en materia de responsabilidad internacional del Estado por actos legislativos. Un ejemplo de desarrollo jurisprudencial significativo”, *Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estudios en Homenaje al Profesor Antônio A. Cançado Trindade*, Zerbini Ribeiro, Renato (coord.), t. III, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 2005, pp. 473-498.

<sup>31</sup> Tal Principio ha sido reconocido, entre otros instrumentos internacionales, en el Artículo 2.2 de la Carta de las Naciones Unidas, el cual establece que los Miembros de la Organización “a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta”. De igual manera, la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General relativa a la *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas* declara el Principio fundamental de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos, de conformidad con la Carta, así como de los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos.

<sup>32</sup> Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94, del 9 de diciembre de 1994. Serie A, Núm. 14, párr. 35.

de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Sobre el alcance de este Artículo, la Corte, siguiendo un criterio universal, ha reiterado:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (Principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el Artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.<sup>33</sup>

Tal deber general, como informa la jurisprudencia constante de la propia Corte Interamericana, “incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.”<sup>34</sup>

Como resultado de este deber general derivado del Principio del cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales, el Estado no puede alegar razones de orden interno, incluso constitucional, para el

<sup>33</sup> Cfr., entre otras, Corte IDH, caso “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros). Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 87; caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 205.

<sup>34</sup> Entre otras, Corte IDH, caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 206.



incumplimiento de una obligación internacional. Así, la Corte IDH ha reiterado que:

“Corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, [...] no pueden por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida.”<sup>35</sup>

Este Principio deriva de reconocer que en el ámbito internacional opera el llamado “postulado de la supremacía del derecho internacional”, según el cual las obligaciones asumidas libremente por los Estados priman sobre las que establece su derecho interno. En consecuencia, un Estado no puede invocar disposiciones de su derecho interno, incluidas las normas de su propia constitución, para sustraerse a las obligaciones que le impone el derecho internacional o los tratados en vigor.<sup>36</sup>

Al respecto, la Corte, siguiendo la jurisprudencia internacional en la materia, señaló:

“Según el derecho internacional, las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su

<sup>35</sup> Cfr. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 35; *caso Loayza Tamayo. Cumplimiento de sentencia*. Resolución de la Corte de 17 de noviembre de 1999. Serie C No. 60, párr. 7.

<sup>36</sup> Este Principio, además de un sólido respaldo jurisprudencial, ha sido codificado en el Artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, que dispone: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. De la misma forma, el *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente ilícitos* de la Comisión de Derecho Internacional (2001) en su Artículo 32, establece: “El Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben”. La *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* establece como única excepción a este postulado de supremacía del derecho internacional el supuesto de celebración de un tratado manifiestamente en contra de “una norma de importancia fundamental” en el derecho interno concerniente a la competencia de los órganos internos para celebrar tratados, como es normalmente la Constitución (Art. 46). Fuera de este supuesto, parece no admitirse ningún otro ni siquiera la posterior declaración de inconstitucionalidad del tratado por los órganos judiciales internos, lo cual podría, en todo caso, llevar la denuncia del tratado.

incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia.<sup>37</sup> Asimismo, estas reglas han sido codificadas en los Artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.<sup>38</sup>

De esta forma, independientemente de la compatibilidad o no del derecho internacional con el derecho interno, una vez firmado y ratificado un tratado internacional éste obliga a las partes (esto es a los Estados en general, y en particular, a los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y su incumplimiento constituye un hecho internacionalmente ilícito que genera responsabilidad internacional, independientemente de las consecuencias jurídicas del acto en el derecho interno. Sin embargo, la implementación legislativa de las normas internacionales, por sí misma, no supone su debida aplicación e interpretación. Por ello conviene apuntar algunos lineamientos sobre estos aspectos.

## 2. La aplicación e interpretación del derecho internacional y la especial naturaleza de los tratados sobre derechos humanos <sup>39</sup>

Hablar de la aplicación del derecho implica hablar del grado de eficacia y cumplimiento del ordenamiento por los distintos sujetos involucrados.<sup>40</sup> En este sentido, la aplicación del derecho supone el cumplimiento de una obligación derivada del propio ordenamiento jurídico que impone el

<sup>37</sup> Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, No. 17, p. 32; caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Series A/B, No. 44, p. 24; caso de las Zonas libres (1932), Series A/B, No. 46, p. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988), pp. 12 a 31-2, párr. 47.

<sup>38</sup> Corte IDH, OC-14/94, párr. 35.

<sup>39</sup> Algunas de las consideraciones expuestas en este apartado han sido expresadas más ampliamente y con especial referencia al caso mexicano en mi trabajo “La jerarquía constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos: Propuesta de reforma al Artículo 133 constitucional” en Barra Mexicana, Colegio de Abogados, *Propuestas de reformas legales e interpretación de las normas existentes*, Colección Foro de la Barra Mexicana, Tomo I, Editorial Themis, México, 2002, pp. 645-674.

<sup>40</sup> Cfr. Buergethal, Thomas *et al*, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 13.

cumplimiento de sus disposiciones, no como una disyuntiva voluntaria sino como un deber. Desde la perspectiva del derecho internacional, su aplicación, al igual que su formación, están regidas principalmente por el principio fundamental de la buena fe en las relaciones internacionales. La obligación de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales se proyecta tanto en la aplicación, como en la interpretación de las normas internacionales. Esto es particularmente relevante en materia de protección de los derechos humanos, donde no sólo rigen las normas generales de interpretación de los tratados,<sup>41</sup> sino también aquellos principios derivados de la propia naturaleza de los mismos, que hace énfasis en la interpretación teleológica de los tratados de acuerdo con su objeto y fin, que no es otro sino la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a otros.<sup>42</sup>

En el ámbito específico del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte ha reiterado que:

La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores

<sup>41</sup> De conformidad con el Artículo 31.1 de la Convención de Viena “un tratado deberá interpretarse de buena fe, conforme el sentido que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éste y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Ésta es la regla básica en materia de interpretación. El párrafo 2 del mismo Artículo, señala que para los efectos de la interpretación, el contexto comprenderá, además del texto incluido el preámbulo y sus anexos: a) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de dicha celebración y aceptado por las demás como referente al tratado. Asimismo, conforme con el párrafo 3, del mismo Artículo 31, conjuntamente con el contexto habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; y, c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. El Artículo 32 de la Convención de Viena se refiere a los medios complementarios de interpretación, de tal forma que cuando la interpretación derivada de la aplicación de la regla general deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable, podrá acudirse a otros medios complementarios, tales como, los trabajos preparatorios y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante.

<sup>42</sup> La Corte Europea de Derechos Humanos, en el *caso Soering vs. Reino Unido* (1989), declaró que la Convención Europea “debe ser interpretada en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales y que el objeto y fin de este instrumento de protección de seres humanos, exigen comprender y aplicar sus disposiciones de manera que haga efectivas y concretas aquellas exigencias”[...].

(centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados partes y son aplicados por estos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno.<sup>43</sup>

En la Opinión Consultiva sobre *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana* (OC-2/82), la misma Corte Interamericana señaló que:

Los tratados modernos sobre derechos humanos en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.<sup>44</sup>

La singularidad de los tratados sobre derechos humanos, reconocida tanto por la doctrina como por la práctica internacional, está en que su contenido se define como una garantía mínima cuyo desarrollo

<sup>43</sup> Corte IDH, *caso Ivcher Bronstein vs. Perú, Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 42; *caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 41; *caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago, Excepciones Preliminares*. Sentencia de 1 de septiembre de 2001, párr. 94; en el mismo sentido, *caso Constantine y otro y, caso Benjamín y otros*, contra Trinidad y Tobago en las sentencias de excepciones preliminares de 1 de septiembre de 2001. Cfr. García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM, México, 2001.

<sup>44</sup> Corte IDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A, Núm. 2, párr. 29.

progresivo se prevé a menudo expresamente; además, no están limitados por la contraposición del interés de los contratantes ni tampoco por la noción de reciprocidad entre los derechos y obligaciones contraídas.<sup>45</sup>

Las obligaciones derivadas de los tratados de derechos humanos son de carácter esencialmente objetivo y deben ser garantizadas o implementadas colectivamente. De esta forma, la naturaleza especial de estas normas se manifiesta también en sus métodos de interpretación. En el pasado, y en relación con tratados diferentes a los de derechos humanos, se formó el entendimiento según el cual las obligaciones internacionales se interpretan restrictivamente porque implican derogación de la soberanía de los Estados. Tal presunción no debe aplicarse a los tratados de derechos humanos ya que lo que se busca es la interpretación más apropiada para la realización de su objeto y propósito, evitándose además inconsistencias con la interpretación y aplicación de otros tratados de derechos humanos.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Como afirma Pedro Nikken: “Numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos contienen el reconocimiento de que la salvaguarda por ellos ofrecida representa una suerte de garantía mínima, que no pretende agotar el ámbito de los derechos humanos que merecen protección”. Esta idea “se encuentra vinculada con el carácter complementario del Sistema Internacional de Protección respecto del derecho interno, que lo presenta como una garantía adicional sobre la que deben ofrecer las leyes domésticas. Nada obsta a que el ámbito de la protección internacional, pueda ser más estrecho que el dispuesto por el derecho nacional, mientras que, en cambio, si el orden jurídico interno no ofrece garantía suficiente para los derechos internacionales protegidos, sí se estaría infringiendo el derecho internacional. Los tratados ofrecen así un régimen que es siempre susceptible de ampliación, mas no de restricción”. Nikken, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Su Desarrollo Progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-CIVITAS, Madrid, 1987, pp. 92. En opinión de Eduardo San Miguel Aguirre, la importancia de los tratados internacionales de derechos humanos radica en que: a) para el Estado que los firma, los tratados representan una instancia más de obligatoriedad en cuanto a la protección y defensa de los derechos humanos, debido a que comprometen al Estado frente a la comunidad internacional y frente al individuo para garantizarlos, defenderlos y promoverlos; b) por medio de los tratados, los Estados pueden confirmar la vigencia de sus legislaciones internas en la materia, permitiendo su ampliación o perfeccionamiento; c) los tratados junto con los principios del derecho internacional, la costumbre internacional y el *jus cogens* componen el Sistema de Protección Internacional de los derechos humanos; y, contribuyen a la formación de la costumbre internacional; y, d) los tratados son las fuentes principales de codificación y desarrollo del derecho internacional. Cfr. Aguirre, Eduardo, *Derechos Humanos, legislación nacional y Tratados internacionales*, México, CNDH, 1994, pp. 15.

<sup>46</sup> Cfr. Cançado Trindade, Antonio, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2001, pp. 21 y 22; Piza Rocaforte, Rodolfo y Trejos, Gerardo, *Derecho internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*, Editorial Juricentro, Costa Rica, 1989, p. 67.

La aplicación de criterios de especialización, que consideran el objeto y fin del DIDH, se refleja también en cuanto a que una interpretación que limite o suprima los derechos humanos es incompatible con el objeto y fin de tales tratados.

Por todo ello, a partir de los principios generales de interpretación, la doctrina y la jurisprudencia consideran al menos otros dos principios que deben tomarse en cuenta al interpretar los tratados de derechos humanos: el Principio de interpretación evolutiva y el *pro homine*.<sup>47</sup> La interpretación evolutiva ofrece un marco apropiado para la tendencia hacia una evolución positiva de los derechos humanos al considerar no la voluntad de las partes al momento de la adopción del documento, sino su finalidad objetiva y las necesidades actuales de protección.<sup>48</sup> La jurisprudencia internacional ha reiterado que un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tenga lugar.<sup>49</sup>

Asimismo, en el DIDH, como derecho de protección, se busca que las normas jurídicas sean interpretadas y aplicadas teniendo siempre presentes las necesidades prioritarias de la protección de las supuestas víctimas al momento de hacerse dicha interpretación. En este sentido, la interpretación *pro homine* se orienta a que los instrumentos de derechos humanos se interpreten en el sentido que más favorezca al ser humano y a sus libertades, de conformidad con la naturaleza objetiva de las obligaciones que consagran y encaminadas a la protección de los derechos humanos.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Otros criterios que han de tomarse en consideración son la doctrina del llamado *effet utile* (Principio de efectividad) por el que se deben asegurar los efectos propios de las disposiciones de un tratado; el carácter objetivo de las obligaciones convencionales más allá de la soberanía de los Estados y el sentido autónomo de los términos de los tratados de derechos humanos respecto de las interpretaciones voluntaristas de los Estados y considerando la naturaleza especial de tales instrumentos. Todos sobre la base de la noción de garantía colectiva del DIDH. Cfr. Cançado Trindade, Antonio, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Sergio Antonio Fabris Editor, Brasil, 1999, pp.23 y ss.

<sup>48</sup> Cfr. Nikken, *La Protección Internacional...*, *op. cit.*, pp. 95-98.

<sup>49</sup> CIJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, *Reports 1971*, p. 16 ad 31. Así lo consideró la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva sobre la *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, (OC-10/89, párr. 37).

<sup>50</sup> Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *Asumto de Viviana Gallardo y otras*, señaló que el equilibrio en la interpretación de la Convención Americana “se obtiene

En la actualidad, este criterio asume una importancia práctica mucho más significativa y desplaza la tradicional discusión sobre los posibles conflictos entre las normas internacionales y el orden interno. Así como el debate doctrinal entre tradiciones monistas, dualistas o coordinadoras.

Hoy día se reconoce que ninguna de estas tesis representa la realidad de la práctica internacional y que más allá de la solución teórica que cada una admita, debe verse el caso concreto de cada sistema nacional.<sup>51</sup> En la actualidad, con la creciente interacción entre ambos sistemas normativos, dada la complejidad del derecho internacional, la creciente internacionalización del denominado dominio interno o reservado de los Estados y la existencia de normas que otorgan derechos directamente a los individuos, sin la necesidad de la actuación estatal, existe una creciente tendencia a buscar la coordinación y coherencia entre ambos sistemas, dependiendo las características y la finalidad de las normas aplicables. Por un lado, se reconoce el Principio de supremacía del derecho internacional como criterio básico de aplicación del derecho internacional por los operadores internacionales y por el otro, la práctica judicial estatal recurre a un dualismo moderado que supone la primacía del derecho estatal, pero sin negar los efectos generados por la norma internacional.

En el ámbito del DIDH, por ejemplo, como señala el profesor brasileño Antônio Cançado, la adopción y perfeccionamiento de las medidas nacionales de implementación de los derechos humanos “depende en gran parte el futuro de la propia protección internacional de los derechos

orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional.” (Decisión del 12-nov-1981, párr. 16). Asimismo, en su Opinión Consultiva sobre *La colegiación obligatoria de periodistas*, la Corte Interamericana reiteró que “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”. En el mismo sentido, en su opinión sobre la *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. (Opinión Consultiva OC-17/02) de 28 de agosto de 2002, la Corte Interamericana reiteró “La Corte ha fijado algunos lineamientos sobre la interpretación de normas internacionales que no figuran en la Convención Americana. Para ello, ha recurrido a las disposiciones generales de interpretación consagradas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, particularmente el principio de buena fe para asegurar la concordancia de una norma con el objeto y fin de la Convención. Asimismo, este Tribunal ha establecido que la interpretación debe atender a “la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”, y que la correspondiente a otras normas internacionales no puede ser utilizada para limitar el goce y el ejercicio de un derecho; asimismo, debe contribuir a la aplicación más favorable de la disposición que se pretende interpretar”. (párr. 21).

<sup>51</sup> Cfr. Cassese, Antonio, *International Law; op. cit.*, pp. 165 y ss.

humanos.” En el presente dominio de protección, “El derecho internacional y el derecho interno conforman un “todo armónico”, caracterizado por un propósito común: la protección de los derechos humanos.”<sup>52</sup> Por ello, dada la necesaria interrelación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, manifiesta tanto en el contenido de los derechos protegidos como en el compromiso y la responsabilidad que el Estado asume ante la comunidad internacional, se considera que ambos sistemas, internacional e interno, son complementarios o subsidiarios.

Además, la globalización ha generado también nuevas formas de aplicación judicial del derecho internacional, al margen de formalismo tradicional, generando un mayor diálogo entre instancias internacionales e internas, con base no tanto en el valor vinculante de una norma, sino en el valor persuasivo de un argumento. Esto supone la conformación lenta, pero progresiva de estándares comunes de aplicación e interpretación de los derechos humanos tanto en el ámbito nacional como internacional, acorde con la pretensión de universalidad de tales derechos.

Lo anterior, lleva también a salir de la discusión respecto de la jerarquía de las normas del derecho internacionales, en general, y en particular sobre derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico estatal. Se reconoce que tal cuestión está determinada fundamentalmente por el propio derecho constitucional de cada Estado, al tiempo que existe la tendencia a una mayor apertura constitucional en los Estados democráticos que necesariamente conlleva a la mayor interrelación y armonización de la legislación y de las prácticas internas.<sup>53</sup> Cada vez más se reconoce también

<sup>52</sup> Cfr. Cançado Trindade, A., *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. I, Sergio Antonio Fabris Editor, Brasil, 1997, p. 402 y del mismo autor, “La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos”, *El juez y la defensa de la democracia: un enfoque a partir de los derechos humanos*, editado por Lorena González, IIDH, Costa Rica, 1993, pp. 233-270.

<sup>53</sup> En este sentido, la incorporación al orden interno de normas de origen internacional, vía constitucional, puede valerse al menos de cuatro formas de jerarquización, a saber: a) rango supraconstitucional, que ubica a las mencionadas normas por encima de la constitución nacional; b) rango constitucional, que las coloca en el mismo nivel de la carta fundamental; c) rango supralegal, que sitúa a tales normas por debajo de la constitución nacional, pero por encima de las leyes ordinarias; y, d) rango legal, que les reconoce el mismo estatuto que la ley ordinaria y, en consecuencia, resuelve los posibles conflictos respecto a ellas mediante la regla jurídica común según la cual, cuando el contenido de dos “leyes” es contradictorio, debe entenderse que la “ley” posterior deroga tácitamente la anterior. Cfr. Ayala Corao, Carlos, “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias” en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memorias del VII Congreso*



la importancia del bloque de constitucionalidad, conformado tanto por el texto constitucional como por los tratados de derechos humanos.<sup>54</sup>

### *Luces y sombras en la aplicación judicial del DIDH*

#### 1. Aspectos generales: concepto, jerarquía y naturaleza de los tratados internacionales

En general, no parece existir duda respecto de la conceptualización del término “tratado” en el marco del derecho positivo mexicano. De acuerdo con el Artículo 2.1 de la Ley sobre la celebración de tratados,<sup>55</sup> que tiene por objeto regular la celebración de tratados internacionales por parte del gobierno de México, se entiende por *tratado*: “El convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos.”<sup>56</sup> En cuanto a la denominación de los tratados, la Suprema

*Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IJ-UNAM, México, 2002 y Barrena Nájera, Guadalupe y Montemayor Romo De Vivar, Carlos, “Incorporación del derecho internacional en la Constitución mexicana” en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Derechos Humanos Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, IJ-UNAM, México, 2001.

<sup>54</sup> Cfr. Ramelli, Alejandro, “Sistema de fuentes del derecho internacional público y bloque de constitucionalidad en Colombia” en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 11, julio-diciembre, 2005, pp. 157-175. Ayala Corao, Carlos, “Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos” en *Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estudios en Homenaje al Profesor Antônio A. Cançado Trindade*, Zerbini Ribeiro, Renato, (coord.), t. V, Sergio Antonio Fabris Editor, Brasil, 2005, pp. 85-148.

<sup>55</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de enero de 1992.

<sup>56</sup> Esta definición incorpora los elementos de las definiciones contenidas en las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986, ratificadas por México, la primera, el 25 de septiembre de 1974, vigente en nuestro país a partir del 27 de enero de 1980 y publicada en el *Diario Oficial* el 14 de febrero de 1975 y, la segunda, ratificada el 10 de marzo de 1988 y publicada en el *Diario Oficial* el 28 de abril de 1988. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en su Artículo 2.1.a, entiende por “tratado” un “acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”. Por su parte, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre Organizaciones internacionales, de 1986, en su Artículo 2.1.a, entiende por “tratado” un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito: i) entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales; o, ii) entre organizaciones internacionales.

Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha tenido ya oportunidad de expresarse y no existe contradicción respecto del sentido amplio del término, dado que en opinión de la SCJN: “La noción de tratado es puramente formal e independiente de su contenido, pues desde el punto de vista de su carácter obligatorio, los compromisos internacionales pueden considerarse como tratados, convenciones, declaraciones, acuerdos, protocolos o cambio de notas, además de que no hay consenso para fijar las reglas generales a que deben sujetarse las diferentes formas que revisten tales compromisos internacionales, los que, en consecuencia, pueden consignarse en diversas modalidades.”<sup>57</sup>

El Artículo 133 constitucional establece la jerarquía normativa en el orden jurídico mexicano; asimismo, puede derivarse de su texto el sistema de aplicación del derecho internacional que rige en nuestro país.<sup>58</sup> La importancia del Artículo 133, en tanto cláusula constitucional de apertura y jerarquía del orden jurídico es enorme, más aún si se considera el desarrollo del derecho internacional contemporáneo en las últimas décadas y la incorporación de México a nuevos escenarios de la vida jurídica internacional.

Son muchos los estudios que se han hecho sobre el contenido del Artículo 133 y muchas las interpretaciones que se le han dado.<sup>59</sup> En los

<sup>57</sup> Véase la tesis aislada TRATADOS INTERNACIONALES. ADMITEN DIVERSAS DENOMINACIONES, INDEPENDIENTEMENTE DE SU CONTENIDO. No. Registro: 184,562, Novena Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVII, marzo de 2003, Tesis 2a. XXVII/2003, p. 561.

<sup>58</sup> El texto del Artículo dispone: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados”.

<sup>59</sup> A manera de ejemplo véase Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “El régimen jurídico de los tratados en México y el Artículo 133 constitucional” en *Temas selectos de derecho internacional*, 3ª edición, UNAM, México, 1999, pp. 103-116; Martínez Báez, Antonio, “La Constitución y los tratados internacionales”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, 1946, t. VIII, Núm. 30, pp. 167-181; los Comentarios Jurisprudenciales de Becerra Ramírez Manuel *et al*, a la tesis TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (*Amparo en revisión 1475/98*), *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, 2000, Núm. 3, julio-diciembre, pp. 169-208; Cossío D., José Ramón, “La nueva jerarquía de los tratados internacionales”, *Este país*, Núm. 107, México, febrero de 2000, pp. 34-38; Patiño Mánffer, Ruperto, “Comentario al Artículo 133” en CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN.

últimos años se ha formado un amplio consenso en la necesidad de hacer una distinción entre los tratados internacionales en general, de aquellos relativos a la protección de los derechos humanos. Distinción que tiene una clara influencia en la aplicación judicial de los tratados y que dadas las circunstancias actuales, conviene establecer expresamente. Sin embargo, el hecho de que tal distinción no encuentre hasta el momento un espacio en el texto constitucional no significa que no pueda derivarse de él como principio implícito, dada la especial naturaleza de los tratados de derechos humanos y la importancia de los derechos fundamentales en la vida constitucional.

Hemos dicho que la aplicación judicial del derecho está inmersa en un contexto histórico, político, jurídico, cultural determinado. La interpretación del derecho como el derecho mismo no es inmune a su época sino que está impregnada en todo momento de ella. Sin embargo, dentro de los contextos que rodean la labor judicial, uno de los más significativos es el que aquí llamaremos contexto constitucional en sentido estricto. Tal contexto se integra a partir de la consideración de los textos legales (constitución, tratados, leyes) y de su disposición en el ordenamiento. De alguna forma, supone el carácter sistemático del ordenamiento jurídico y está influenciado por la literatura jurídico positiva, esto es por las normas vigentes y su interrelación a partir de la interpretación. En las siguientes líneas se consideran los aspectos “técnicos” tradicionales que se consideran al hablar de aplicación del derecho internacional (a saber, la cuestión de la recepción, jerarquía, aplicación e interpretación del derecho internacional) y posteriormente se hace referencia a algunos criterios respecto a temas específicos en la materia.

Respecto de la recepción del derecho internacional, México adopta un sistema de recepción directa o automática. Es decir, que una vez firmados

*Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones.* (Integración y comentarios a cargo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM), Porrúa, México, Tomo xii, 1996; pp.1175-1211; Serrano Migallón, Fernando, “Derecho Constitucional y Derecho Internacional”, *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, 1998, pp. 893-897; y Del Toro Huerta, Mauricio I., “La jerarquía constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos: Propuesta de reforma al Artículo 133 constitucional” en Barra Mexicana, Colegio de Abogados, *Propuestas de reformas legales e interpretación de las normas existentes*, Colección Foro de la Barra Mexicana, Tomo I, Editorial Themis, México, 2002, pp. 645-674 y, “La jerarquía constitucional de los tratados internacionales (nuevos criterios jurisprudenciales)”, *Lex*, México, Tercera Época, Año VI, Núm. 62, agosto de 2000, pp. 58-60.

por el Presidente y aprobados por el Senado, tienen vigencia inmediata y directa en el ámbito nacional y no requieren de una legislación particular posterior para incorporarlos al sistema jurídico nacional. La Ley sobre la celebración de tratados, en su Artículo 4, sólo agrega que “para ser obligatorios en el territorio nacional deberán haber sido publicados previamente en el Diario Oficial de la Federación”.

Respecto de la validez de los tratados en el orden interno, en opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con la interpretación gramatical de la primera parte del Artículo 133, para considerar que estos instrumentos sean, junto con las leyes emanadas de la Constitución y aprobadas por el Congreso, “la ley Suprema de la Unión” es necesario que se satisfagan dos requisitos formales y uno de fondo: los primeros se refieren a que el tratado sea celebrado por el Presidente y aprobado por el Senado y, el de fondo consiste en la adecuación del tratado con el texto de la propia Ley fundamental.<sup>60</sup>

En relación con la jerarquía normativa de los tratados internacionales en el orden interno mexicano, por mucho tiempo la Suprema Corte de Justicia adoptó el criterio por el cual los tratados internacionales tenían igual jerarquía que las leyes federales, esto es, que dio un rango legal a los tratados internacionales.<sup>61</sup> Sin embargo, al resolver el Amparo –en revisión– 1475/98 promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación modificó su criterio y otorgó un rango supralegal a los tratados internacionales, al considerarlos jerárquicamente por encima de las leyes federales y en segundo plano respecto de la Constitución federal.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> Cfr. Amparo en Revisión 1475/98, Sentencia de 11 de mayo de 1999, p. 68.

<sup>61</sup> Así lo reflejaba la tesis: LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo 60, diciembre de 1992, p. 27.

<sup>62</sup> TRATADOS INTERNACIONALES, SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente, en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión “...serán la Ley Suprema de toda la Unión...” parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada con el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las normas del sistema ha encontrado

Este nuevo criterio refleja un cambio fundamental en la relación del derecho internacional y el derecho interno,<sup>63</sup> y se inscribe dentro de la tendencia actual de dar preeminencia al orden internacional sobre el nacional.<sup>64</sup> Ahora bien, conforme con el texto constitucional, para que los tratados sean válidos en el ámbito interno deben estar de acuerdo con la Constitución federal. Sin embargo, como ha señalado la SCJN, el requisito de que los tratados no deben transgredir las disposiciones constitucionales, establecido en el Artículo 133, no debe interpretarse de manera estricta, pues la interpretación gramatical puede llevarse al extremo de considerar que sólo las que se encuentren dentro de los límites expresos de la Constitución podrán ser aceptadas como normas del derecho internacional

en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de las dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de ‘leyes constitucionales’, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del Artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al Presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las Entidades federativas y por medio de su ratificación obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las Entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio Artículo 133, el Presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las Entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del Artículo 133, lleva a considerar, en un tercer lugar, al derecho federal y al local en una misma jerarquía, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 124, de la Ley Fundamental, el cual ordena que “Las facultades que no están expresamente concedidas por la Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”. No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Núm. 60, correspondiente a diciembre de 1992, p. 27, de rubro LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES, TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal. *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tomo X, noviembre de 1999, pp. 46-48.

<sup>63</sup> Para un análisis académico de este criterio véanse los “Comentarios Jurisprudenciales” de Becerra Ramírez, Manuel *et al*, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *op. cit.* pp. 169- 208.

<sup>64</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, Porrúa, México, 1999, p.484.

vigentes en México, “... ya que puede darse el caso de que convenios internacionales que amplíen las garantías individuales o sociales, por no estar dentro de las normas constitucionales no podrían ser aplicadas a nuestro derecho.” En este sentido, “...es evidente que si el tratado obliga a ampliar la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles, deben considerarse como constitucionales. Situación diversa de la que, por el contrario, merme la esfera de protección que la Constitución da per se a los gobernados.”<sup>65</sup>

## 2. Modelos y Principios de Interpretación

La interpretación según la cual, los tratados internacionales amplían los derechos fundamentales o garantías reconocidos en el texto constitucional, es uno de los criterios más relevantes en la práctica judicial de los últimos años. Tal criterio ha sido sostenido también por el Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, al considerar que conforme al Artículo 133 constitucional, “Cuando los tratados internacionales reglamentan y amplían los derechos fundamentales tutelados por la Carta Magna, deben aplicarse sobre las leyes federales que no lo hacen, máxime cuando otras leyes también federales, los complementan.”<sup>66</sup>

Además, parece razonable la presunción de constitucionalidad de los tratados internacionales, en especial los de derechos humanos, en tanto

<sup>65</sup> Amparo en revisión 1475/98, pp. 71 y 72. Sobre el particular, Manuel Becerra estima que esta postura “es sumamente trascendente, ya que significa que a través de los tratados internacionales en materia de derechos humanos es posible ampliar la esfera de derechos de los gobernados”. Siendo comprensible que la incorporación de tales normas a la Constitución, sea automática. Para este autor “Si hablamos de una jerarquía, los tratados en materia de derechos humanos serían no superiores a la Constitución pero sí estarían al mismo nivel, ya que se podría colmar las lagunas que ésta pudiera tener en materia de derechos humanos, sin que hubiera necesidad de reformarla”, completándose con esto el régimen de control establecido en el Artículo 15 constitucional. Cfr. “Comentarios Jurisprudenciales”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, op. cit. p. 175.

<sup>66</sup> TRATADOS INTERNACIONALES. SU APLICACIÓN CUANDO AMPLÍAN Y REGLAMENTAN DERECHOS FUNDAMENTALES. No. Registro 180,431, Tesis aislada, Materia(s): Administrativa, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, septiembre de 2004, Tesis 1.4o.A.440 A, p. 1896. Amparo en revisión 799/2003. Ismael González Sánchez y otros. 21 de abril de 2004. Unanimidad de votos. Ponente Hilario Bárcenas Chávez, Secretaria Mariza Arcellano Pompa.

existe una obligación objetiva de los funcionarios encargados de las negociación, firma y ratificación de los tratados, así como de los senadores de la República al aprobarlos, respecto de respetar y hacer respetar la Constitución de conformidad con el Artículo 128, de la misma.<sup>67</sup>

En consecuencia, es preferible optar por la interpretación de los tratados conforme a la Constitución no sólo como consecuencia del deber de respetar el texto constitucional al celebrar y ratificar los tratados internacionales, sino también para garantizar la complementariedad de ambos ordenamientos: interno e internacional.

Así, por ejemplo, en su voto minoritario a la Sentencia dictada en el juicio SUP-JDC-713/2004, sobre las consecuencias jurídicas de la votación por candidatos no registrados en el Estado de Veracruz, dos magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, destacan la importancia del Comentario General 25 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, respecto de los derechos políticos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en un claro ejemplo de aplicación del Principio de interpretación conforme, señaló:

“Al efecto, no pasa por alto la jerarquía que existe entre la Constitución mexicana y los tratados internacionales, en cuanto a que estos deben estar conformes con aquélla, según lo ordena el Artículo 133 de la Carta Magna, pero es indudable que cuando una norma constitucional admite, por una parte, una interpretación que entra en plena conformidad y armonía con un tratado internacional, aprobado por las autoridades nacionales competentes, de acuerdo con lo establecido en los Artículos 76, fracción I, y, 89, fracción X, de la propia Constitución, y, por otra, una interpretación que los ponga en oposición, lógicamente resulta de mayor admisibilidad la primera. Esto, especialmente, porque las autoridades encargadas de suscribir y aprobar los tratados, es decir, el Presidente de la República y el Senado, respectivamente, tienen la obligación de verificar previamente si el tratado que se suscribe y aprueba está conforme con la Ley fundamental del país, para que de esa manera, prevalezca el Principio de

<sup>67</sup> El Artículo 128, señala “Todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen”.

supremacía constitucional, previsto en el Artículo 133 de la Constitución, donde se afirma la subordinación de los tratados internacionales a la misma Carta Magna, al exigirles, para ser ley suprema en toda la Unión, estar conformes con aquélla, pues tales funcionarios protestaron, al asumir su cargo, cumplir y hacer cumplir la Constitución, de acuerdo con el Artículo 128, de ese alto ordenamiento”.

Respecto de la interpretación de los tratados en general, la jurisprudencia se remite a las normas generales previstas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, tal como lo ejemplifica la tesis siguiente:

TRATADOS INTERNACIONALES. SU INTERPRETACIÓN POR ESTA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL TENOR DE LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 31 Y 32 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DEL 14 DE FEBRERO DE 1975).

Conforme a lo dispuesto en los citados preceptos para desentrañar el alcance de lo establecido en un instrumento internacional debe acudirse a reglas precisas que en tanto no se apartan de lo dispuesto en el Artículo 14, párrafo cuarto, de la Constitución General de la República, vinculan a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En efecto, al tenor de lo previsto en el Artículo 31, de la mencionada Convención, para interpretar los actos jurídicos de la referida naturaleza como regla general debe, en principio, acudirse al sentido literal de las palabras utilizadas por las partes contratantes al redactar el respectivo documento final debiendo, en todo caso, adoptar la conclusión que sea lógica con el contexto propio del tratado y acorde con el objeto o fin que se tuvo con su celebración; es decir, debe acudirse a los métodos de interpretación literal, sistemática y teleológica. A su vez, en cuanto al contexto que debe tomarse en cuenta para realizar la interpretación sistemática, la Convención señala que aquél se integra por: a) el texto del instrumento respectivo, así como su preámbulo y anexos; y b) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre las partes con motivo de su celebración o todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de



la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; y, como otros elementos hermenéuticos que deben considerarse al aplicar los referidos métodos destaca: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de su interpretación; y c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes; siendo conveniente precisar que en términos de lo dispuesto en el Artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, para realizar la interpretación teleológica y conocer los fines que se tuvieron con la celebración de un instrumento internacional no debe acudir, en principio, a los trabajos preparatorios de éste ni a las circunstancias que rodearon su celebración, pues de estos el intérprete únicamente puede valerse para confirmar el resultado al que se haya arribado con base en los elementos antes narrados o bien cuando la conclusión derivada de la aplicación de estos sea ambigua, oscura o manifiestamente absurda.<sup>68</sup>

Respecto de la interpretación de los tratados sobre derechos humanos destaca la tesis aislada del Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito que señala:

**PRINCIPIO *PRO HOMINE*. SU APLICACIÓN.**

El Principio *pro homine*, incorporado en múltiples tratados internacionales, es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor del hombre e implica que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> No. Registro 185, 294, Novena Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, diciembre de 2002, Tesis 2a. CLXXI/2002, p. 292.

<sup>69</sup> No. Registro 180, 294, Tesis aislada, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, octubre de 2004, Tesis: I.4o.A.441 A, p. 2385.

Existe también un reconocimiento general de que las normas que establecen derechos humanos han de interpretarse de manera amplia, pues la propia naturaleza de tales derechos no admite restricciones derivadas de su interpretación.<sup>70</sup> Ejemplos de tal interpretación amplia de los derechos fundamentales, pueden encontrarse, entre otros, en algunos de los criterios del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPFJ).

Por ejemplo, la Sala Superior del TEPJF en su Sentencia recaída al juicio SUP-JDC-17/2001, promovido por José Luis Amador Hurtado en contra de la negativa de la autoridad electoral administrativa de proporcionarle la información consistente en la copia certificada del registro de los órganos directivos nacional y estatales del Partido Verde Ecológico de México, en una interpretación amplia del derecho de participación política en materia electoral, consideró que todo ciudadano como parte de su derecho fundamental de asociación política y, en particular, de afiliación político-electoral, tiene derecho a que se le proporcione la información suficiente para garantizar tales derechos, atendiendo al *status* constitucional de los partidos políticos como entidades de interés público, a la naturaleza pública del registro de los partidos a cargo del Instituto Federal Electoral y al deber del Estado de garantizar el derecho a la información.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal hizo una interpretación amplia de los derechos de asociación y afiliación política a partir de una interpretación sistemática y funcional de lo dispuesto en los Artículos 6º; 8º; 9º; 14; 16; 35, fracciones III y V; así como 41, fracciones I, III, primer párrafo, *in fine*, y IV; y 133, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como 19, párrafo 2, del Pacto Internacional de

<sup>70</sup> Así se desprende entre otros, del Artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece, “Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros tratados y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; y, d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Derechos Civiles y Políticos, y 13, párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En su sentencia, la Sala Superior afirmó:

[...] Interpretar en forma restrictiva los derechos subjetivos públicos fundamentales de asociación y afiliación, implicaría desconocer los valores tutelados por las normas constitucionales que los consagran, además de que no cabe hacer una interpretación con un criterio restrictivo, toda vez que no se trata de una excepción o de un privilegio, sino de derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Al respecto, resulta orientador el criterio sostenido por esta Sala Superior en la ejecutoria recaída en el expediente SUP-RAP-020/2000, en la que se establece que las normas que impliquen la restricción de un derecho público subjetivo deben estar previstas en la ley y no derivar de su simple interpretación, ya que las reglas interpretativas que rigen la determinación del sentido y alcances jurídicos de una norma no permiten que se restrinja o haga nugatorio el ejercicio de un derecho fundamental, como son los de asociación política y de afiliación político-electoral; por el contrario, toda interpretación y la correlativa aplicación de una norma jurídica, deben ampliar sus alcances jurídicos para potenciar su ejercicio, siempre que aquélla esté relacionada con un derecho fundamental...

Tal interpretación ampliada no sólo llevó a reconocer la naturaleza sustantiva de los derechos sino también a establecer las garantías judiciales efectivas indispensables para su protección. Al respecto la Sala consideró:

“Como se ha precisado, una interpretación sistemática y funcional permite apreciar a este órgano jurisdiccional federal que los Artículos 35, 41 y 99 de la Constitución federal, en relación con los Artículos 79 y 80 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, establecen que los derechos políticos que se encuentran garantizados mediante el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano son: El derecho de votar; el de ser votado; el de asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos; y, el de afiliarse libre e individualmente a los partidos, organizaciones o agrupaciones políticas, con el objeto de tomar

parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país, con todas las facultades inherentes a esa asociación o afiliación. Así, uno de los derechos fundamentales del ciudadano mexicano en materia política es el de asociación, en particular, su vertiente del derecho de afiliación político-electoral, entendido éste en un sentido amplio, es decir, no sólo como derecho de formar parte de los partidos políticos, sino también el derecho de pertenecer a estos con todos los derechos inherentes a tal pertenencia. Tal criterio ha sido sostenido por este órgano jurisdiccional en la tesis relevante número S3EL021/99, cuyo rubro dice: DERECHO DE AFILIACIÓN DE LOS CIUDADANOS A LOS PARTIDOS POLÍTICOS. ALCANCES.”

“Uno de los métodos para establecer qué tipo de derechos son inherentes al *status* de asociado o afiliado a un determinado partido político es el llamado dogmático, consistente en analizar los estatutos del partido del cual se es afiliado o asociado. Este método no es el único, ya que, como se ha argumentado, tratándose de derechos fundamentales, toda interpretación y la correlativa aplicación de una norma jurídica que los establezca deben potenciar o ampliar sus alcances jurídicos, nunca restringirlos”.

En consecuencia, la Sala Superior consideró que el derecho de asociación política y, en particular, en su vertiente de afiliación político-electoral, “es un derecho fundamental consagrado constitucionalmente en favor de todo ciudadano mexicano, el cual debe entenderse en un sentido amplio, es decir, no sólo como derecho de formar parte de los partidos políticos, sino también el derecho de pertenecer a estos con todos los derechos inherentes a tal pertenencia; entre estos derechos inherentes al *status* de asociado o afiliado, atendiendo al carácter de entidades de interés público de los partidos políticos, la naturaleza pública del registro de cierta información a cargo del Instituto Federal Electoral y el deber estatal de garantizar el derecho a la información, se encuentran el derecho de estar informado sobre determinados aspectos básicos de los partidos políticos.” De lo anterior se concluye que “una interpretación restrictiva del derecho fundamental consagrado constitucionalmente de asociación político-electoral, particularmente, en su vertiente de afiliación libre, individual y pacífica,

podría conculcar los principios y valores tutelados por las normas jurídicas que rigen la actuación de los partidos políticos.”<sup>71</sup>

Por otra parte, un ejemplo notable de interpretación evolutiva de la jurisprudencia electoral con clara vocación garantista es el desarrollado por la Sala Superior del Tribunal Electoral respecto del control judicial de los actos de los partidos políticos. En un primer momento la Sala Superior consideró improcedente el juicio de protección de los derechos político-electorales del ciudadano contra actos de los partidos políticos reflejado en la tesis de jurisprudencia;<sup>72</sup> sin embargo, en su sentencia dictada en el expediente SUP-JDC-084/2003, el 28 de marzo de 2003, la Sala Superior en relación con la procedencia directa del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano contra actos o resoluciones de los órganos de los partidos políticos como sujetos pasivos, realizó un nuevo estudio, en el cual revaloró los distintos elementos existentes en la legislación rectora del sistema de medios de impugnación en materia electoral, con el empleo preponderante de los métodos de interpretación sistemático y funcional, especialmente la expresión del primero, denominada “interpretación conforme”, que llevaron al Tribunal Electoral a una variación del criterio, para sostener que dicho juicio sí es jurídicamente procedente contra actos o resoluciones definitivas de los partidos políticos que sean susceptibles de vulnerar irreparablemente los derechos político-electorales de sus militantes o de otros ciudadanos vinculados directamente con ellos, cuando no existan medios específicos para conseguir la restitución oportuna y directa de esos derechos, a través de la impugnación de algún acto o resolución concretos de una autoridad electoral.

En sus consideraciones, la Sala Superior no se limita a considerar los aspectos estrictamente constitucionales sino que en una interpretación abierta, propia del nuevo constitucionalismo, consideró criterios establecidos en normas internacionales obligatorias para el Estado

<sup>71</sup> Lo anterior se refleja en la tesis DERECHO A LA INFORMACIÓN EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL. ALCANCES JURÍDICOS DE LA PRERROGATIVA DE LOS CIUDADANOS PARA CONOCER DATOS QUE OBREN EN LOS REGISTROS PÚBLICOS RELATIVOS A LOS PARTIDOS POLÍTICOS. Sala Superior, Tesis S3ELJ 58/2002.

<sup>72</sup> Véase el criterio JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO. ES IMPROCEDENTE CONTRA ACTOS DE PARTIDOS POLÍTICOS. S3ELJ 15/2001.

mexicano. En opinión de la Sala Superior, la interpretación del Artículo 17 encuentra sustento en diversos instrumentos internacionales, suscritos y ratificados por México, en especial “conforme a lo previsto en los Artículos 2, apartado 3, inciso a), y 14, apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; así como el Artículo 8, apartado 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto a que debe existir un medio accesible para defender los derechos humanos, entre los que se cuentan los derechos político-electorales del ciudadano establecidos en el Artículo 35 constitucional.”

En consecuencia, con fundamento en el Artículo 234 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, declaró la interrupción de la obligatoriedad de la Tesis de jurisprudencia número S3ELJ 15/2001, que sostenía la improcedencia del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano contra actos de partidos políticos. El cambio de criterio es de la mayor relevancia política y jurídica y por tanto debe considerarse como un paso adelante en la garantía de estos derechos fundamentales no sólo frente al Estado sino también frente a los partidos políticos.<sup>73</sup>

### 3. Consideraciones sobre el valor jurídico de ciertos actos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Acuerdos de solución amistosa y Recomendaciones finales en informes de peticiones individuales

Un ejemplo significativo respecto del valor jurídico de los actos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en particular respecto del efecto en el derecho interno de los “Acuerdos de solución amistosa” celebrados por el Gobierno mexicano y los peticionarios ante la Comisión, es el caso relativo al *Incidente de reconocimiento de inocencia* presentado por Alejandro Ortiz Ramírez resuelto por la Quinta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, mediante sentencia dictada el 10 marzo de 2005 (Toca Núm. 527/05).<sup>74</sup> En su sentencia, la

<sup>73</sup> Véase el nuevo criterio JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO. PROCEDE CONTRA ACTOS DEFINITIVOS E IRREPARABLES DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. Tesis S3ELJ 03/2003. Sobre este tema, véase también Castillo González, Leonel, *Los derechos de la militancia y la jurisdicción*, México, TEPJF, 2004.

<sup>74</sup> Sobre el tema de las soluciones amistosas, véase Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La solución amistosa de peticiones de derechos humanos en el ámbito universal y regional, con especial referencia al Sistema Interamericano” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. V., 2005, pp. 83-122.

Sala consideró fundada la petición de reconocimiento de inocencia al aceptar la presentación de documentos públicos posteriores a la sentencia condenatoria que invalidaron la prueba en que descansaba y que sirvieron de base para su acusación, determinando la pérdida del efecto de la sentencia condenatoria. Entre tales documentos se encontraba el Acuerdo de solución amistosa relativo a la petición 388/01, suscrito ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por los peticionarios y el Gobierno de México (en el cual, entre otras cosas, el Estado mexicano reconoció plenamente su responsabilidad por los hechos alegados en la petición) y que a decir de la Quinta Sala Penal, impone obligaciones al Estado en tanto el Acuerdo de solución amistosa deriva de sus compromisos contraídos al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En este sentido, el Acuerdo de solución amistosa es un elemento probatorio diverso a aquellos en que se fundó la sentencia condenatoria “que desvirtúa la misma e impone la necesidad de hacer cesar sus efectos, al derivar de un acuerdo internacional celebrado por el Estado mexicano, regido por el derecho internacional y que jerárquicamente se ubica por encima de leyes federales y locales, acorde con lo establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en interpretación del Artículo 133 constitucional al estatuir que tales compromisos internacionales “son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional.”<sup>75</sup> Al aceptar la Convención Americana, el Estado mexicano “hizo constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por dicha Convención, al depositar el [respectivo] instrumento de adhesión”, obligación que se reforzó con la aceptación de la Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 16 de diciembre de 1998.

El Acuerdo “fue celebrado por el Gobierno mexicano en cumplimiento de los compromisos contraídos como Estado signatario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Al aceptar la Convención, el Estado reconoció la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte de la Convención, “de donde se obtiene que lo pactado

<sup>75</sup> Quinta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Toca. Núm. 527/05, Sentencia de 10 de marzo de 2005, p. 46.

por el Estado mexicano en el Acuerdo de solución amistosa, Petición P.388/01” suscrito ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es de observación obligatoria en términos del Artículo 2, apartado 1, incisos a), b) y g) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, aplicable a los tratados celebrados entre Estados regidos por el derecho internacional [...]”.

En opinión de la Sala Penal, en virtud del Acuerdo de solución amistosa “el Estado mexicano se obligó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en reconocimiento de sus obligaciones internacionales por conducto del Gobierno del Distrito Federal, a emitir un comunicado de reconocimiento público de responsabilidad por los hechos que motivaron la petición, a tramitar [...] la documentación que acredite la liberación definitiva del señor Alejandro Ortiz Ramírez [...]”<sup>76</sup>

El reconocimiento de la obligatoriedad de los acuerdos de solución amistosa celebrados en el marco de los procedimientos derivados de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana y, en el caso particular, sus consideraciones como elemento probatorio pleno para efectos del reconocimiento de inocencia del sentenciado, son una contribución positiva a la aplicación efectiva del DIDH y al reconocimiento del importante papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Este criterio contrasta con algunos otros sostenidos por otros tribunales nacionales respecto al valor de ciertos actos de la misma Comisión Interamericana, tales como sus recomendaciones derivadas de los informes finales emitidos como resultado de una petición individual. Así, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, al resolver el Amparo en revisión 136/2002, el 13 de diciembre de 2002, sostuvo diferentes criterios en los que consideró que: a) el incumplimiento de una recomendación de la Comisión Interamericana no vulnera el Artículo 133 constitucional;<sup>77</sup> b) el juicio de amparo es improcedente para reclamar por sí mismo el incumplimiento de las recomendaciones de la Comisión

<sup>76</sup> Quinta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Toca Núm. 527/05, Sentencia de 10 de marzo de 2005, pp. 31-32.

<sup>77</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL EL EVENTUAL INCUMPLIMIENTO, POR SÍ, A UNA RECOMENDACIÓN DE LA. No. Registro 183,899, Tesis aislada, Materia(s) Penal, Común, Novena Época, Instancia Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVIII, julio de 2003, Tesis II.2o.P.73 P, p. 1049.



Interamericana;<sup>78</sup> c) el juicio de amparo es improcedente cuando el contenido de las recomendaciones de la Comisión Interamericana no configura un acto que pueda ser reparado a través del juicio de garantías;<sup>79</sup> y d) la Convención Americana sobre Derechos Humanos no establece el carácter obligatorio o vinculante para efectos del juicio de amparo de las recomendaciones de la Comisión Interamericana.<sup>80</sup>

Los argumentos expresados por el Tribunal, al adoptar tales criterios, ya han sido materia de análisis por la doctrina y no se pretende aquí volver sobre los mismos.<sup>81</sup> Sin embargo, es preciso señalar que en la formulación de tales criterios debieron considerarse al menos dos aspectos: el valor jurídico de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la que México ha aceptado su competencia contenciosa y a la cual ha acudido en diversos casos solicitar opiniones consultivas–, y las obligaciones derivadas del Principio de la buena fe, a las que ya se ha aludido en este trabajo. En particular, el criterio reiterado por la Corte Interamericana es en el sentido que:

<sup>78</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. AMPARO IMPROCEDENTE CUANDO SE RECLAMA POR SÍ MISMO EL INCUMPLIMIENTO DE UNA RECOMENDACIÓN NO VINCULANTE. No. Registro: 183,900, Tesis aislada, Materia(s) Penal, Común, Novena Época, Instancia Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVIII, julio de 2003, Tesis: II.2o.P.72 P, p. 1047.

<sup>79</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. AMPARO IMPROCEDENTE CUANDO LOS ASPECTOS QUE CONTIENE LA RECOMENDACIÓN, EN LO INDIVIDUAL O EN SU CONJUNTO, NO CONFIGURAN UN ACTO QUE PUEDA SER REPARADO A TRAVÉS DEL JUICIO DE GARANTÍAS. No. Registro: 183,901, Tesis aislada, Materia(s) Penal, Común, Novena Época, Instancia Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVIII, Julio de 2003, Tesis II.2o.P.71 P, p. 1046.

<sup>80</sup> CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. NO ESTABLECE EL CARÁCTER OBLIGATORIO Y VINCULANTE (PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO) DE LAS RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN A QUE DIO SURGIMIENTO. No. Registro: 183,875, Tesis aislada, Materia(s) Penal, Común, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVIII, julio de 2003, Tesis: II.2o.P.77 P, p. 1063.

<sup>81</sup> Sobre este tema, compartimos las reflexiones expresadas en Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “El valor jurídico y la eficacia de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con la jurisprudencia mexicana (Comentarios a cuatro tesis emitidas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito)” en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, Núm. 4, julio-diciembre 2004, pp. 167-188.

79. La Corte ha dicho anteriormente que, de conformidad con la regla de interpretación contenida en el Artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, el término “recomendaciones”, usado por la Convención Americana, debe ser interpretado conforme a su sentido corriente.

80. Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo Artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111).

81. Asimismo, el Artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte”, por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados parte se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes.<sup>82</sup>

Tal deber de los Estados, de realizar los mejores esfuerzos para cumplir con las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana, con base en el Principio de la buena fe, está estrechamente vinculado con el deber establecido en los Artículos 1° y 2° de la Convención Americana respecto de la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos y al deber correlativo de adoptar todas las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos internacionalmente reconocidos. Entre tales medidas, podría estar la posibilidad de impulsar judicialmente a las autoridades a cumplir con sus compromisos derivados de los tratados internacionales<sup>83</sup> o al menos, tomar

<sup>82</sup> Corte IDH, *caso Loayza Tamayo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33. En el mismo sentido, *caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá)*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrs. 191 y 192; *caso Cesti Hurtado*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr. 186.

<sup>83</sup> Cfr. Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “El valor jurídico y la eficacia de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de acuerdo con la jurisprudencia mexicana ...”, *op. cit.*, p. 183.

sus mejores esfuerzos para ello, obligando a tales autoridades a justificar las razones para el incumplimiento de una recomendación de la Comisión, más allá del mero señalamiento de que tales reclamaciones no son vinculantes, dado que el hecho de que no tengan carácter obligatorio no las priva de efectos jurídicos, como se desprende del criterio seguido por la Corte.

#### 4. Criterios generales sobre crímenes internacionales: genocidio y desaparición forzada de personas

Existen varios ejemplos en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado sobre la naturaleza de algunos crímenes internacionales con base en instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, en particular respecto del genocidio y la desaparición forzada de personas. Por ejemplo, derivada de su sentencia de 10 de junio de 2003, recaída al amparo en revisión 140/2002, (el denominado *caso Cavallo*) la Corte consideró con base en la interpretación del Artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, que este crimen internacional no es un delito político. En su sentencia, la Suprema Corte consideró que en materia de genocidio:

“El móvil con el que se actúa es irrelevante para la existencia del delito, en razón de que se puede actuar con el propósito de destruir al grupo por motivos políticos, económicos, por venganza u otros, sin que ello sea relevante para la configuración del delito, porque lo que interesa es la intención de destruir total o parcialmente al grupo humano, con independencia de los motivos o razones que se tengan para ello. De aquí se desprende que el delito de genocidio no puede tener la naturaleza de político, en primer lugar, porque no se comete en contra del Estado, sino de determinados grupos humanos considerados como estables; en segundo término, porque el elemento subjetivo del tipo es la intención de destruir total o parcialmente al grupo humano, siendo catalogado como un delito internacional contra la humanidad; y, finalmente, porque en nuestra legislación interna no se encuentra comprendido como delito político, ya que en el Artículo 144 del Código Penal Federal, sólo se califican como delitos políticos los ya especificados.”<sup>84</sup>

<sup>84</sup> GENOCIDIO. NO ES DELITO POLÍTICO. No. Registro: 184, 126, Tesis aislada, Materia(s) Penal, Novena Época, Instancia Pleno, Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,

Por otra parte, al resolver la Controversia Constitucional 33/2002, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció sobre distintos aspectos relacionados con el crimen de desaparición forzada de personas. Al respecto, consideró que el crimen de desaparición forzada de personas (contemplado en el Artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y que coincide con el delito previsto en los Artículos 215-A del Código Penal Federal y 168 del Código Penal del Distrito Federal) “de acuerdo con el derecho positivo mexicano, es de naturaleza permanente o continua, ya que si bien el ilícito se consuma cuando el sujeto activo priva de la libertad a una o más personas, con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información sobre su paradero, dicha consumación sigue dándose y actualizándose hasta que aparecen los sujetos pasivos o se establece cuál fue su destino.”<sup>85</sup>

La naturaleza permanente o continua de la desaparición forzosa tiene consecuencias en la prescripción del delito. Así, la Corte estimó que, en tanto un delito de naturaleza permanente o continúa que se consuma momento a momento, “durante todo el tiempo en que la víctima se encuentra desaparecida, ha de concluirse que el plazo para que opere su prescripción [...], empieza a correr hasta que la conducta ilícita deja de consumarse, esto es, cuando el sujeto pasivo aparece (vivo o muerto) o se establece su destino”.<sup>86</sup>

Ahora bien, si los criterios anteriores se consideran un avance importante respecto de la interpretación del derecho internacional, principalmente respecto de los crímenes de genocidio y desaparición forzada de personas, en ambos temas existen criterios que motivan a la

Tomo XVII, junio de 2003, Tesis P. II/2003, P. 6. Para una revisión doctrinal de la sentencia, véase: Becerra Ramírez, Manuel, “El Caso Caballo” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. IV, 2004, pp.585-626.

<sup>85</sup> DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. ESE DELITO ES DE NATURALEZA PERMANENTE O CONTINUA. No. Registro 181, 147, Jurisprudencia Materia(s) Penal, Novena Época, Instancia Pleno, Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, julio de 2004, Tesis: P./J. 48/2004, p. 968.

<sup>86</sup> DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. EL PLAZO PARA QUE OPERE SU PRESCRIPCIÓN INICIA HASTA QUE APARECE LA VÍCTIMA O SE ESTABLECE SU DESTINO. No. Registro 180, 653, Jurisprudencia, Materia(s) Constitucional, Penal, Novena Época, Instancia Pleno, Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, septiembre de 2004, Tesis P./J. 87/2004, p. 1121.

reflexión, principalmente respecto de la interpretación de las reservas y declaraciones interpretativas formuladas por México al ratificar o adherirse a los tratados internacionales. No se cuestiona el derecho del Estado a formularlas, sino el sentido y las razones que llevan a incluirlas. En ciertas ocasiones existen dudas sobre la compatibilidad de ciertas reservas respecto del objeto y fin del tratado, así como del carácter de ciertas declaraciones interpretativas que parecen encubrir una reserva. Esta apariencia de doble juego, al formular reservas o declaraciones interpretativas, al momento de aceptar determinado instrumento internacional que encierran dudas respecto de su compatibilidad con el objeto y fin de tales instrumentos, dificulta la aplicación de los tratados y el principio de efectividad de los mismos.

Por ejemplo, respecto de la declaración interpretativa formulada por México al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de personas,<sup>87</sup> la Suprema Corte consideró que:

“El Gobierno mexicano quiso significar que tales disposiciones no podrán aplicarse a aquellas conductas constitutivas de ese ilícito cuya consumación hubiera cesado antes de que adquiriera obligatoriedad la nueva norma, pero no debe interpretarse en el sentido de que no se aplique a las conductas típicas de tal delito que habiéndose iniciado antes de su vigencia, se continúen consumando durante ella, pues al tener el delito de desaparición forzada de personas, el carácter de permanente o continuo puede darse en el caso de que las conductas comisivas del ilícito se sigan produciendo durante la vigencia de la Convención. Tal interpretación es acorde con el Principio de irretroactividad de la ley, consagrado en el Artículo 14 constitucional, conforme al cual las disposiciones contenidas en las leyes no se deben aplicar hacia el pasado, afectando hechos realizados o consumados antes de que aquéllas entren en vigor, por lo que es inconcuso que tratándose de delitos de consumación instantánea, la nueva ley no puede

<sup>87</sup> La Declaración interpretativa señala: “Con fundamento en el Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Gobierno de México, al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de personas, adoptada en la ciudad de Belem, Brasil, el 9 de junio de 1994, se entenderá que las disposiciones de dicha Convención se aplicarán a los hechos que constituyan desaparición forzada de personas, se ordenen, ejecuten o cometan con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención”.

regir conductas o hechos de consumación anterior, pues resultaría retroactiva, lo cual se encuentra prohibido constitucionalmente. En cambio, sí debe aplicarse la nueva normatividad sin incurrir en el vicio apuntado respecto de hechos constitutivos de delito continuo o permanente cuando, habiendo empezado a realizarse antes de que aquélla entrara en vigor, se continúan cometiendo, en cuyo caso resultará aplicable, como sucede con el delito de desaparición forzada de personas que prevé la Convención mencionada, cuya naturaleza es permanente o continua, porque se consume momento a momento durante todo el tiempo que el sujeto pasivo se encuentre desaparecido.”<sup>88</sup>

Este criterio es acorde con los sostenidos respecto de la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada de personas y confirma el alcance de la declaración interpretativa formulada por el gobierno de México. Aunque es válido preguntarse el efecto de dicha interpretación a la luz de otros instrumentos internacionales, dado que el delito de desaparición forzada de personas está considerado como un crimen contra la humanidad<sup>89</sup> y por tanto, imprescriptible si se aplica el criterio de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, ratificada por México el 15 de marzo de 2002. La cuestión no es sencilla a la luz de criterios judiciales recientes. Sobre estos aspectos volveremos cuando se hable de los criterios sostenidos por la SCJN respecto de la interpretación de esta última Convención internacional.

<sup>88</sup> DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS A QUE SE REFIERE LA CONVENCION INTERAMERICANA DE BELÉM, BRASIL, DE NUEVE DE JUNIO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO. LA DECLARACION INTERPRETATIVA FORMULADA POR EL GOBIERNO MEXICANO NO VIOLA EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY CONSAGRADA EN EL ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL. No. Registro: 181,148, Jurisprudencia, Materia(s) Constitucional, Novena Época, Instancia Pleno, Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, julio de 2004, Tesis P./J. 49/2004, p. 967. Controversia constitucional 33/2002. Jefe de Gobierno del Distrito Federal. 29 de junio de 2004. Unanimidad de nueve votos. Ausente Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente Juan Díaz Romero. Secretaria Martha Elba Hurtado Ferrer.

<sup>89</sup> Por ejemplo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional establece entre los crímenes de lesa humanidad de competencia de la Corte, los actos de desaparición forzada de personas (Art. 7.i). Al respecto véase la voz “Desaparición forzada de personas” en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Anuario 2003, México, Porrúa-UNAM, pp. 39-42.

En otro aspecto de las declaraciones formuladas por México al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, es importante resaltar el posible carácter ilícito de la reserva mexicana, toda vez que genera serias dudas sobre su compatibilidad con el objeto y fin de la Convención.<sup>90</sup> La Suprema Corte de Justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de ciertos efectos jurídicos de dicha reserva que impide que los militares que cometan dicho delito, sean juzgados por los tribunales ordinarios, pero sólo en el sentido de que no causa afectación alguna al Distrito Federal.<sup>91</sup> La Suprema Corte no se pronunció sobre la compatibilidad de dicha reserva con la propia Convención Interamericana, aunque el hecho de no haberse pronunciado puede representar un indicio de que se considera una reserva lícita. De cualquier forma, son los órganos supranacionales los encargados, en última instancia, de determinar la validez o no de determinadas reservas.<sup>92</sup> En particular, respecto del caso en cuestión, es difícil justificar cómo actos de

<sup>90</sup> La reserva formulada por México señala: “El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la Ciudad de Belem, Brasil el 9 de junio de 1994, formula reserva expresa al Artículo IX, toda vez que la Constitución Política reconoce el fuero de guerra cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio. El fuero de guerra no constituye jurisdicción especial en el sentido de la Convención, toda vez que conforme al Artículo 14 de la Constitución mexicana nadie podrá ser privado de la vida, la libertad o sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las lceys expedidas con anterioridad al hecho”.

<sup>91</sup> DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. LA RESERVA EXPRESA FORMULADA POR EL GOBIERNO MEXICANO AL ARTÍCULO IX DE LA CONVENCION INTERAMERICANA DE BELÉM, BRASIL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 6 DE MAYO DE 2002, NO CAUSA AFECTACION ALGUNA AL DISTRITO FEDERAL. No. Registro: 180,652, Jurisprudencia, Materia(s) Constitucional, Penal, Novena Época. Instancia Pleno, Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, septiembre de 2004, Tesis: P./J. 86/2004, p. 1121 Controversia constitucional 33/2002. Jefe de Gobierno del Distrito Federal. 29 de junio de 2004. Unanimidad de nueve votos. Ausente Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente Juan Díaz Romero. Secretaria Martha Elba Hurtado Ferrer.

<sup>92</sup> El Artículo XIII de la Convención, faculta a la Comisión y a la Corte Interamericana para conocer de casos de peticiones individuales en que se aleguen desaparición forzada de personas y en consecuencia es la Corte IDH la llamada, en última instancia, a determinar el alcance de toda reserva a la misma Convención. Ello no impide, sin embargo, que los jueces nacionales se pronuncien al respecto, pues aunque en principio están obligados en los términos del tratado y sus reservas mantienen su independencia respecto de las interpretaciones a los mismos, más cuando existen dudas sobre la naturaleza misma de determinada interpretación.

desaparición forzada de personas pueden considerarse como actos de servicio para efectos de aplicar la disciplina militar, cuando tales actos criminales están prohibidos en toda circunstancia. Sin duda, esto cuestiona la naturaleza misma del denominado fuero militar y obliga a reconocer el carácter limitado de la justicia militar a faltas exclusivamente de esta naturaleza y no a delitos que deben ser juzgados por tribunales civiles, aunque en su comisión participen militares que, ya sea cumpliendo órdenes, en exceso de sus facultades o en abierta vulneración de las leyes, cometan estos actos.<sup>93</sup>

Sobre el particular, es preciso considerar el criterio reiterado de la Corte Interamericana en el sentido de que “la jurisdicción militar se establece para mantener el orden y la disciplina en las fuerzas armadas. Por ello, su aplicación se reserva a los militares que hayan incurrido en delito o falta en el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias.” En consecuencia, “cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”. La Corte ha reiterado que “en un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.”<sup>94</sup>

Otro aspecto relevante a tomar en cuenta respecto de la interpretación de las reservas formuladas por el Gobierno de México al ratificar los acuerdos internacionales, es su compatibilidad no sólo con el orden interno sino también y particularmente, con el propio tratado. En

<sup>93</sup> Para un análisis más amplio sobre este tema véase Martín, Claudia, “La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas: Análisis sobre la validez de la reserva y declaración interpretativa formuladas por México al ratificar este tratado” en *Revista Mexicana de Derecho Público*, Núm. 6, abril, 2004, pp. 7-35.

<sup>94</sup> Véase, entre otros, Corte IDH, *caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C, Núm. 119, párrs. 141-142; *caso de los 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 165; *caso Las Palmeras*. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 51; y *caso Cantoral Benavides*, Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 113.



principio, una reserva incompatible con el objeto y fin del tratado debe considerarse ilícita y sin efectos vinculantes, por lo que los tribunales nacionales no estarían obligados a seguirla e incluso podrían ordenar en todo momento el retiro de la misma. Respecto de las declaraciones interpretativas, dado que éstas por su propia naturaleza no tienen por objeto excluir o modificar los términos del tratado sino sólo precisar o aclarar el sentido o el alcance que el Estado atribuye a un tratado o a algunas de sus disposiciones, deben interpretarse de buena fe y según su sentido corriente, por lo que si una declaración interpretativa conlleva a una interpretación incompatible con el objeto y fin del tratado o excede los límites de tales declaraciones (como una reserva encubierta) ésta no obliga a los tribunales y debe tenerse por no puesta, siendo posible, asimismo, ordenar el retiro de la misma.<sup>95</sup>

Un aspecto que ha movido a la reflexión en los últimos meses es el tema relativo al carácter de imprescriptible de ciertos crímenes internacionales y los límites de tal condición en virtud de la aplicación del Principio de no irretroactividad de la ley penal, establecido en el Artículo 14 constitucional.

Respecto a la desaparición forzada de personas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que la declaración interpretativa formulada por México al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas no viola el Principio de irretroactividad de la ley consagrado en el Artículo 14 constitucional. En principio, esta interpretación no tendría sino un efecto positivo al dotar de seguridad jurídica en relación con la aplicación de la Convención y con ello asegurar que a las conductas ilícitas cometidas anteriormente a la ratificación del mismo, no les serían aplicables sus disposiciones. Este Principio se encuentra reconocido en el Artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>96</sup> y encuentra amplio respaldo en la práctica internacional.

<sup>95</sup> Sobre este tema, véase el “Texto de los proyectos de directriz sobre las reservas a los tratados aprobados provisionalmente por la Comisión de Derecho Internacional”, *Informe Anual 2003*, Cap. VIII. Reservas a los tratados. [www.un.org](http://www.un.org). Asimismo, véase el *Octavo informe sobre las reservas a los tratados*, preparado por el Sr. Alain Pellet, Relator Especial. Comisión de Derecho Internacional 55º período de sesiones. Doc. Naciones Unidas A/CN.4/535, 27 de mayo de 2003.

<sup>96</sup> Dicho Artículo establece: “Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”.

Este Principio de no retroactividad es aplicable tanto a la vigencia de los tratados en general, como respecto de aquellas normas que establecen tipos penales. Al respecto, la Corte Interamericana ha considerado que tratándose del ejercicio del poder punitivo del Estado que implica menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita, “en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita”. En consecuencia:

“[...] en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los Principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.

En suma, en un Estado de Derecho, los Principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión.”<sup>97</sup>

No obstante la trascendencia de este Principio, es preciso decir que en determinadas circunstancias y considerando la especial naturaleza de ciertos delitos y su regulación internacional, no se le considera, al menos en dos supuestos: cuando se trata de delitos de naturaleza permanente o continua y, conforme al Artículo 28 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados *in fine*, cuando “una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”.

<sup>97</sup> Corte IDH. *caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá)*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrs. 106-107.

Un ejemplo de este último supuesto se encuentra en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, dada la gravedad de estas conductas. Si bien expresamente no se alude a la aplicación retroactiva de la Convención, en diversas partes del texto se hace referencia a la imprescriptibilidad de ciertos delitos que ya se consideran, tanto en derecho convencional como consuetudinario, como crímenes en el derecho internacional antes de la adopción de esta Convención, particularmente el genocidio y los crímenes de guerra. Así, el Artículo IV señala: “Los Estados parte, en la presente Convención, se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por la ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los Artículos I y II de la presente Convención, y, en caso de que exista, sea abolida”.

Sin embargo, México formuló una declaración interpretativa en los siguientes términos: “Con fundamento en el Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Gobierno de México, al ratificar la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, entenderá que únicamente considerará imprescriptibles los crímenes que consagra la Convención, cometidos con posterioridad a su entrada en vigor para México.” Esto es a partir del 13 de junio de 2002, entonces ¿cómo resolver el problema de la imprescriptibilidad de los crímenes más graves de trascendencia para la humanidad frente a los Principios de irretroactividad de la ley penal y el de prescripción?

La cuestión se planteó en el Recurso de apelación No. 1/2004-PS, derivado de la facultad de atracción 8/2004-PS, promovido por el Fiscal Especial para la Atención de Hechos Probablemente Constitutivos de Delitos Federales Cometidos Directa o Indirectamente por Servidores Públicos en Contra de Personas Vinculadas con Movimientos Sociales y Políticos del Pasado. El proyecto original presentado por el Ministro Juan Silva Meza, contenía avances importantes en materia de interpretación de los tratados internacionales y consideraciones progresistas respecto de las normas del DIDH y de los crímenes internacionales. Desafortunadamente, el proyecto fue rechazado por la mayoría de la

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo que significó un freno al desarrollo de la jurisprudencia nacional en la materia y muy posiblemente un retroceso en la protección de los derechos fundamentales y en la lucha contra la impunidad.

Las consideraciones originales, quedarán en el voto particular del Ministro Silva Meza a la sentencia definitiva.<sup>98</sup> Por la importancia de tales consideraciones, a continuación se mencionarán algunos de los principales criterios expuestos en el proyecto. El proyecto original hace referencia a aspectos importantes de la aplicación del derecho internacional. En primer lugar, dado que esta Convención fue firmada por México el 3 de julio de 1969, y ratificada –décadas más tarde– el 15 de marzo de 2002, el proyecto recuerda las obligaciones que asumen los Estados y con ellos, todos sus órganos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) no sólo al ratificar un tratado, sino al firmarlo.

“Conviene recordar, que una vez que las partes negociadoras firman el tratado o canjean instrumentos que lo constituyan, quedan obligadas a abstenerse de cualquier acto que frustre el objeto y fin del tratado, sin importar que se encuentre pendiente de ratificación, aceptación o aprobación, pues así deriva de lo dispuesto por los Artículos 11 y 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es decir, que la sola firma “*ad referendum*” del tratado o el intercambio de instrumentos que la constituyan, produce las consecuencias jurídicas señaladas”.

En ese contexto, respecto de la Declaración Interpretativa formulada por el Gobierno de México al ratificar dicha Convención, por la cual se acepta la imprescriptibilidad de tales crímenes condicionando su aplicación a que se haya cometido con posterioridad a la entrada en vigor en nuestro país, el proyecto considera que una declaración interpretativa no tiene por objeto modificar o excluir los términos del tratado, sino que

“...al constituir la Declaración Interpretativa, eso, una interpretación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad,

<sup>98</sup> Al momento de redactar estas líneas no se conoce el texto final de la sentencia ni la redacción del voto. Siguen en la exposición de las consideraciones del proyecto original, presentado por el Ministro Juan Silva Meza.

y no una reserva, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación no queda constreñida a observar o a seguir dicha interpretación, sino que puede, como máximo intérprete de la Constitución (intérprete definitivo de la Ley Fundamental) y de las leyes que de ella emanan, realizar la propia, y que sea acorde con los compromisos adquiridos por nuestro país a nivel internacional, aspecto que también tiene su sustento en la propia Convención aludida”.

En consecuencia, se estima que la referida Convención y otros instrumentos internacionales que abordan el tema sobre la interpretación de los tratados, “conducen a la conclusión de que el delito de genocidio es imprescriptible, cualquiera que sea la fecha en que se haya cometido; sin embargo, la Declaración Interpretativa realizada en los términos apuntados, parece limitar los alcances de esa voluntad internacional”.

En el proyecto se constata que “en ninguna declaración solemne, instrumento o convención para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo; asimismo, la aplicación a esta clase de crímenes, de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios, suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes; finalmente, reconocieron que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la Convención de referencia, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal”.

Por tanto, para cumplir con el objeto y fin de la mencionada Convención y dado que el Artículo IV de la misma establece la obligación para los Estados de adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en dicho tratado, el proyecto avanza un paso adelante y sostiene que no obstante la importancia del Principio de irretroactividad, “la asunción de compromisos con la comunidad internacional por parte de los Estados Unidos Mexicanos, impone que se lleve a cabo una interpretación que sea acorde al objeto y finalidades que persigue la

Convención ..., que por disposición del Artículo 133 de la Constitución General de la República, forma parte de nuestro universo normativo”.

En el proyecto se destaca la consideración según la cual, la interpretación judicial debe considerarse en el marco de la aplicación del derecho internacional y en cumplimiento de los deberes que este impone, como una medida de índole diversa a la legislativa adoptada de conformidad con los procedimientos constitucionales, con el objeto de adecuar el ordenamiento interno al internacional. Así afirma el proyecto:

“En estas condiciones, [...] ante los compromisos asumidos por nuestro país, como Estado soberano, con la comunidad internacional, [se] considera que para que se cumpla con toda puntualidad el objeto y fin de la Convención ..., utilizando la labor interpretativa, no estando supeditada a alguna otra, como medio de diversa índole al legislativo de acuerdo a dicho instrumento internacional, procede a fijar los alcances del Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente en relación con el Principio de irretroactividad de la ley”.

En consecuencia, “partiendo de la base de una interpretación progresiva (consistente en adaptar los textos constitucionales a la dinámica de la comunidad internacional del presente) y sistemática, debe señalarse que si bien el Principio de irretroactividad de la ley, consagrado en el Artículo 14 constitucional, fue establecido para la protección del gobernado en contra del legislador y de autoridades que en ejercicio de sus facultades generan actos retroactivos en su perjuicio, la incorporación de normas de naturaleza internacional a nuestro derecho interno, las conductas que lesionan de forma trascendente los valores fundamentales de la sociedad mundial y la preocupación que existe para que las personas que llevaron a cabo esas conductas sean castigadas por ser penalmente reprochable su conducta, genera que el citado Principio no deba ser entendido en esos mismos términos.”

Asimismo, “el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, implica también el reconocimiento de los derechos fundamentales de la sociedad considerada en su conjunto y como parte conformadora de la humanidad; de esta manera, del Principio de irretroactividad se vislumbra

un equilibrio entre los derechos fundamentales del individuo –a quien se le atribuye la comisión de un delito– y los derechos fundamentales que corresponden a la sociedad”.

En el proyecto que sostiene que tal interpretación es congruente con lo dispuesto en el Artículo 14 constitucional, en virtud de que el Constituyente al establecer el Principio de irretroactividad, “no lo hizo con la finalidad de que las conductas que afectan gravemente a la humanidad, quedaran impunes, en virtud de que en todo el contexto normativo constitucional se encuentra, como una de sus bases sustentadoras, el diverso Principio de justicia.” Tal principio “protege, en el ámbito penal, a la persona a quien se le atribuye la comisión de un delito, pero ello no significa que las personas que dañan en grado superlativo a la sociedad, mancillando sus valores más preciados, puedan, a través de dicho Principio, quedar al margen de la acción de la justicia”.

Por ello se afirma en el proyecto que “el Principio de irretroactividad consagrado en el Artículo 14 constitucional, no es aplicable al Tratado Internacional, como lo es la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en la forma en que tradicionalmente se venía haciendo respecto de las leyes de origen nacional, independientemente de la naturaleza que le pueda corresponder a la figura jurídica de la prescripción”.

Sobre el reconocimiento internacional del Principio de no retroactividad de la ley penal, consagrado en diferentes tratados internacionales, el proyecto considera que “si bien en diversos instrumentos internacionales se contempla el Principio de irretroactividad de la ley, es también en un diverso instrumento internacional, como lo es la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en donde ese Principio, por voluntad soberana de los Estados parte, encuentra su inaplicabilidad a casos como son los delitos de lesa humanidad, dentro de los que se encuentra el delito de genocidio”.

En opinión del Ministro ponente, la anterior interpretación es acorde con el objeto y fin de la Convención sobre la Imprescriptibilidad, “que es el de establecer la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal.” Para ello, el Ministro recurre a antecedentes internacionales importantes respecto a la imprescriptibilidad del crimen de genocidio, tales como el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. Por lo anterior, se concluye en el proyecto:

“La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, no tuvo la intención de suprimir el Principio de no retroactividad de la ley, sino que siguiendo el Principio de justicia, se sustentó en el argumento de que los delitos que lesionan a la humanidad permanecen incólumes ante el indefectible paso del tiempo, con abstracción total de la fecha en que se haya ratificado o entrando en vigor ese instrumento internacional, en virtud de que cierta clase de delitos, como el delito de genocidio, cuando tiene su aparición en el mundo fáctico, genera simultáneamente su perdurabilidad para ser reprochado jurídicamente por los órganos facultados para ello”.

Respecto de la figura jurídica de la prescripción, el Ministro ponente estima que no obstante tener como fundamentos la consideración según la cual, por diversas razones, es contrario al interés social mantener indefinidamente una imputación delictuosa “en el caso de los delitos de lesa humanidad, no tienen aplicación dichos fundamentos, en virtud de que los Estados parte, en ejercicio de su soberanía y atendiendo a bienes jurídicos supraindividuales, externaron su voluntad, misma que quedó reflejada en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en donde la medida de tiempo que se fija en el Código Penal de nuestro país para la prescripción de la acción penal o de la pena, desapareció, dejando intocado el delito de genocidio para ser jurídicamente reprochable a quienes desplegaron la conducta respectiva, cualquiera que sea la fecha en que se haya cometido.”

Tales consideraciones quedarán como un vestigio de lo que pudo ser un importante avance en la protección de los derechos humanos en nuestro país y seguramente serán la semilla de una doctrina judicial paralela que quizá en un futuro encuentre condiciones más propicias para su desarrollo y consolidación como criterio jurisprudencial obligatorio que permiten la plena adecuación del ordenamiento interno al DIDH.

##### 5. La compatibilidad de la práctica nacional con la jurisprudencia internacional

Respecto de la compatibilidad de la práctica nacional con la internacional, existen diferentes casos tanto concordantes como divergentes. A continuación nos referiremos sólo a algunos de ellos.



Un ejemplo de la práctica judicial interna contraria al desarrollo progresivo de DIDH lo encontramos en el criterio sostenido por Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito en su sentencia recaída al amparo en revisión 84/2002, del 10 de mayo de 2002, en virtud del cual consideró que la Ley de Asistencia Social y Protección de Niños y Niñas del Estado de Veracruz, que establece la imputabilidad a partir de los 16 años de edad, no contraviene lo dispuesto por la Convención sobre Derechos del Niño.<sup>99</sup>

En su criterio, el Tribunal señala que la Convención sobre los Derechos del Niño “tiene supremacía sobre las leyes federales y estatales” de conformidad con el criterio sostenido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia respecto de la jerarquía de los tratados internacionales. No obstante lo anterior, en opinión del Tribunal Colegiado “si bien es cierto que la Convención Internacional tiene supremacía sobre las leyes estatales y prevé que sus disposiciones serán aplicables a los niños menores de dieciocho años de edad, también lo es que establece una salvedad que permite que la ley estatal aplicable determine una edad diversa para considerar que los seres humanos alcancen la mayoría de edad antes, como ocurre en la legislación [de Veracruz], sin que ello signifique contravención a la citada Convención, por estar expresamente reservada dicha facultad a los Estados.” En consecuencia, “si tanto la Ley de Adaptación Social y de los Consejos Tutelares para Menores Infractores, como la Ley de Asistencia Social y Protección de Niños y Niñas del Estado de Veracruz, sólo consideran inimputables a los menores de dieciséis años, se entiende que a partir de que se cumple esta edad, alcanzan la mayoría de edad y tienen capacidad legal de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión”.

La anterior conclusión parece derivar de una interpretación literal del texto de la Convención sobre los Derechos del Niño (Artículo 1), sin

<sup>99</sup> IMPUTABILIDAD. LOS ARTÍCULOS 34 DE LA LEY DE ADAPTACIÓN SOCIAL Y DE LOS CONSEJOS TUTELARES PARA MENORES INFRACTORES Y 66 DE LA LEY DE ASISTENCIA SOCIAL Y PROTECCIÓN DE NIÑOS Y NIÑAS DEL ESTADO DE VERACRUZ, QUE LA ESTABLECEN A PARTIR DE LOS DIECISÉIS AÑOS DE EDAD, NO CONTRAVIENEN EL ARTÍCULO 1o DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO NI EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES. No. Registro: 182,175. Tesis aislada. Materia(s) Penal. Novena Época, Instancia Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIX, febrero de 2004, Tesis VII.1o.P.145 P, p. 1068.

embargo la práctica internacional parece confirmar un criterio distinto. Así, la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-17/2002 sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, si bien reconoce que la Convención no alude explícitamente a las medidas represivas de situaciones ilícitas donde participan menores de edad [salvo el Artículo 40.3 inciso a) que obliga a los Estados parte a tener una edad mínima en la cual se presume que el niño no puede infringir la legislación penal o criminal],<sup>100</sup> ello no significa que deba dejarse libremente a los Estados establecer un mínimo de edad por debajo de los estándares internacionales.

En su opinión,<sup>101</sup> la Corte considera que “la imputabilidad queda excluida cuando la persona carece de capacidad de entender la naturaleza de su acción u omisión y/o de conducirse conforme a esa comprensión” y se suele aceptar que carecen de esa capacidad, los menores de cierta edad. Tal límite constituye “una valoración legal genérica, que no examina las condiciones específicas de los menores, casuísticamente, sino que los excluye de plano del ámbito de la justicia penal” en atención a su especial condición y dadas las obligaciones de atención que recaen sobre el Estado, la sociedad y la familia.

En consecuencia, considerando que de conformidad con la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por “niño” a “toda persona que no ha cumplido 18 años de edad”, incluyendo por supuesto, en esta definición a los niños, niñas y adolescentes.<sup>102</sup> “Los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos, distintos de los correspondientes a los mayores de edad.” Lo anterior se relaciona con lo establecido en la Convención sobre los Derechos del

<sup>100</sup> Este Artículo señala: “Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales[...]”.

<sup>101</sup> Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrs. 104 y ss.

<sup>102</sup> Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, párr. 42.

Niño respecto del establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes (Artículo 40.3).

Al respecto, la Corte Interamericana destaca:

“109. Una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas, atribuidas a aquellos. Sobre esta importante materia se proyecta lo que antes se dijo a propósito de la edad requerida para que una persona sea considerada como niño conforme al criterio predominante en el plano internacional”.

En consecuencia, la Corte decidió:

“11. Que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores, deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar”.

Finalmente, nos referiremos a dos casos de aplicación positiva de la jurisprudencia internacional. Ambos referidos a la materia electoral. El primero corresponde a una sentencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Coahuila y el segundo a una resolución del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

El primer caso, es el Juicio para la Protección de los Derechos Políticos Electorales de los Ciudadanos, Expediente 10/2005, promovido por Raymundo Del Bosque De Valle en contra del Presidente del Instituto Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Coahuila. En su sentencia de primero de marzo del 2005, con el objeto de declarar la inconstitucionalidad de la fianza prevista en el Artículo 192 de la Ley de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales para el Estado

de Coahuila y declarar su inaplicación para el caso concreto, en tanto constituye una forma de censura previa, el Tribunal Electoral de dicho Estado, demostrando un conocimiento de la normativa internacional poco frecuente en nuestro país hasta el momento, no sólo fundamenta sus consideraciones en el texto de algunos de los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, sino también recurre a documentos emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, adoptada en su 108 Período de sesiones; así como a criterios sostenidos por la Corte Interamericana, en particular a su Opinión Consultiva OC-5/85 sobre *La colegiación obligatoria de periodistas*, del 13 de noviembre de 1985. En su fallo, el Tribunal Electoral local afirma que el Estado mexicano se comprometió a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, por tratarse de derechos estrictamente inherentes a la persona humana, sin distinción o discriminación alguna y, a garantizar su libre y pleno ejercicio, “amén de que los principios que consagran los relacionados instrumentos internacionales forman parte de las normas del *jus cogens*. Es decir, se trata de principios imperativos de derecho internacional público que los Estados invariablemente deben acatar”.

Otro ejemplo significativo del uso de la jurisprudencia internacional lo encontramos en la polémica sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación dictada en el juicio SUP-JDC-037/2001, relativo al tema de las candidaturas independientes, en la que por primera vez sostuvo que la Constitución no establecía el monopolio de los partidos políticos en la postulación de candidatos a puestos de elección popular sino que dejaba al legislador la posibilidad de regular la posibilidad de tales candidaturas independientes. La sentencia es un buen ejemplo de argumentación jurídica y constituye un ejemplo excepcional de aplicación del DIDH si consideramos que en su argumentación (tanto la mayoría de los magistrados, como una minoría disidente), con el objeto de justificar el carácter no absoluto de los derechos de participación política, citan no sólo textos de tratados internacionales sino también consideraciones de la Comisión Interamericana y algunas de sus recomendaciones, entre ellas las correspondientes al *Informe sobre la situación de los derechos humanos en México 1998*; así como criterios del Comité de

Derechos Humanos de Naciones Unidas, en particular, su Comentario General 25, relativo al *Derecho a participar en los asuntos públicos, derecho a votar y derecho al acceso, en condiciones de igualdad a las funciones públicas (Artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)*; e incluso, se citan criterios sostenidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respecto a la naturaleza de los derechos de participación política consagrados en el Artículo 3 del Protocolo Número 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en el sentido de que “los derechos en cuestión no son absolutos” y los Estados en sus órdenes jurídicos internos “tienen un amplio margen de apreciación” para establecer las condiciones de ejercicio, siempre que tales condiciones, a juicio del Tribunal, “no restrinjan los derechos en cuestión al grado tal de hacer nugatoria su esencia y privarlos de su efectividad” y se establezcan “en aras de un objetivo legítimo y que los medios empleados no sean desproporcionados.”<sup>103</sup>

*Comentario final: la comunidad de jueces en una sociedad global cosmopolita*

La exigencia de establecer un *standard* moral de validez universal basado en el respeto de los derechos humanos es cada vez más recurrente, tanto desde el punto de vista jurídico como moral. Si desde una perspectiva ética ideal se puede decir que “la validez—y la universalidad— de ese *standard* dependerá de que sea susceptible de lograr en torno a él el consenso de todos los participantes en un diálogo ideal, en el que dichos participantes reúnen unos requisitos y respetan unas reglas dadas”<sup>104</sup> y, si tales reglas

<sup>103</sup> Sobre la importancia de esta sentencia véase, Del Toro Huerta, Mauricio Iván, “Monopolio de los Partidos Políticos vs Candidaturas Independientes: El Caso Michoacán SUP-JDC-037/2001 desde la óptica del Derecho Internacional” en *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Año 2002, No. 16, pp. 119-145. De dicha sentencia, derivó la tesis: CANDIDATURAS INDEPENDIENTES. LA NEGATIVA DE REGISTRO CON BASE EN UNA DISPOSICIÓN LEGAL QUE ESTABLECE QUE SÓLO LOS PARTIDOS POLÍTICOS TIENEN DERECHO A POSTULAR CANDIDATOS, NO VIOLA LA CONSTITUCIÓN FEDERAL NI LOS TRATADOS INTERNACIONALES (Legislación del Estado de Michoacán) Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-037/2001.— Manuel Guillén Monzón.—25 de octubre de 2001.Sala Superior, Tesis S3EL 048/2002. Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2002, p. 301.

<sup>104</sup> González Amuchastegui, Jesús, “¿Son los derechos humanos universales?, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1998, p. 51.

están contenidas en los derechos humanos reconocidos, en el plano de la realidad es indispensable contrastar las prácticas nacionales en esta materia y precisar los mecanismos creadores de tales consensos. Por ello, desde la perspectiva jurídica, además de los procesos legislativos domésticos y las convenciones internacionales, donde participan generalmente partidos políticos, en el primer caso, y agentes gubernamentales, en el segundo, el foro judicial nacional e internacional (en tanto representa una práctica de garantía de los derechos humanos) puede aportar elementos para la construcción de tal *standard* universal de forma complementaria a otros procedimientos de creación normativa y ser evidencia de la existencia de consensos.<sup>105</sup>

En el ámbito jurídico, la proyección internacional de prácticas estatales relevantes es un método común, verificable tanto en la influencia recíproca que ha tenido el constitucionalismo contemporáneo y el derecho internacional, como en la influencia recíproca de la jurisprudencia internacional y comparada. Asimismo, desde la perspectiva ética, planteamientos como el de John Rawls, de establecer un derecho de gentes como utopía realista capaz de llevar a la práctica una concepción política particular de equidad y justicia aplicable a las relaciones recíprocas de los diferentes miembros de la “sociedad de los pueblos” es también la proyección de una concepción liberal de la justicia doméstica a una sociedad de los pueblos.<sup>106</sup>

Dentro de muchas otras condiciones domésticas que precisa el desarrollo de un derecho de gentes razonable para la sociedad de los pueblos, está el desarrollar un “sentido de justicia” suficiente que soporte la vigencia y el cumplimiento de dicho derecho.<sup>107</sup> Tal “sentido de justicia” permite no sólo aceptar los principios básicos de tal régimen sino también practicarlos. Además, es preciso que los jueces y funcionarios tengan una creencia sincera y razonable de que el derecho está orientado hacia

<sup>105</sup> Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que los jueces no son los únicos responsables de la interpretación de los derechos pues, en un modelo de sociedad abierta y democrática, la interpretación de los derechos es una labor mucho más amplia en la que participan diferentes actores críticos de la sociedad. Cfr. Häberle, P. “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución” en *Retos actuales del Estado constitucional*, IVAP, Bilbao, 1996. pp. 15-46.

<sup>106</sup> Rawls, John, *El derecho de gentes y “una revisión de la idea de razón pública”*, Trad. Hernando Valencia Villa, Piados, España, 2001, p. 19.

<sup>107</sup> *Id.* p. 30.

una idea de justicia como bien común y, tengan sentido crítico frente a cualquier abuso. En palabras de Rawls: “Esta sincera y razonable creencia de los jueces y funcionarios se debe traducir en la buena fe y en la decisión con que defiendan públicamente los dictados sociales justificados por la ley. Los tribunales y juzgados sirven de foro para esta defensa.”<sup>108</sup>

Desde esta perspectiva, se considera que los jueces nacionales independientes e imparciales son agentes de un modelo de orden mundial cosmopolita. Mientras ejerzan su función con libertad y responsabilidad y actúen con deseo de justicia en cualquiera de los ámbitos en que ejerzan su función, pueden jugar un importante papel en la definición de los mínimos denominadores comunes. El derecho comparado aporta elementos de análisis no sólo para determinar el contenido y alcance de los derechos humanos y su permeabilidad en las sociedades nacionales, sino que la práctica judicial juega un papel central en la determinación de principios generales de derecho así como, en el plano internacional, para acreditar la existencia de una costumbre internacional.

El grado de desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos si bien tiene carencias y limitaciones, las más significativas dependen de modificar estructuras mentales más que jurídicas. La conciencia de los jueces nacionales de su rol en la protección y garantía de los derechos es fundamental, como fundamental es también el papel de la crítica y de la academia en la capacitación y educación judicial. Los jueces antes que nada son seres humanos con potencialidades y carencias. La educación judicial se vuelve prioritaria si se pretende consolidar tribunales nacionales independientes y capacitados. En ello, también la jurisdicción internacional juega un papel de contrapeso indispensable, al determinar la responsabilidad del Estado por actos judiciales y reorientar las prácticas judiciales estatales. Por ello, es importante modificar los criterios de aceptación facultativa de las competencias de estos tribunales cuando estos establecen límites desmedidos y, crear mecanismos efectivos de cumplimiento y ejecución de sus fallos.<sup>109</sup>

<sup>108</sup> *Id.* p. 80.

<sup>109</sup> Un importante avance es la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 2004, y en vigor a partir del 1o. de enero de 2005. Ley reglamentaria del segundo párrafo del Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que tiene por objeto fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa

En la medida en que la sociedad reflexione sobre las nuevas formas de ejercicio del poder y participe de la información y la comunicación que se está generando en torno a sus derechos más elementales, en esa medida también exigirá una mejor garantía de sus derechos y motivará la mejor capacitación de sus funcionarios judiciales. El papel de las organizaciones no gubernamentales en la tarea de difusión de los derechos es también fundamental. Incluso, al interior de los procesos, los jueces deben procurar la mayor participación posible con el objeto de integrar la reflexión general al espacio judicial y de abrir la interpretación de la Constitución y de los derechos, al pluralismo creativo que representan las sociedades. Sería conveniente pensar en incorporar figuras como el *amicus curiae* en los procesos de jurisdicción constitucional.

Sin embargo, la realidad es, en ocasiones, mucho más cruda y soporta sobre sí demasiadas esperanzas. Se sabe que los Estados –sus agentes, gobiernos, legisladores y jueces– son renuentes a respetar, aplicar y garantizar los derechos internacionales de sus ciudadanos. Muchos agentes estatales no han asumido el papel que la historia les llama a cumplir y la sociedad les exige. Ello no es obstáculo para creer que las cosas pueden ser diferentes y ya son diferentes de alguna manera. Otro mundo es posible en la medida en que hagamos de las propuestas realidades concretas, en la medida en que veamos al lado del modelo acartonado de la realidad estatal la otra realidad conformada por hombres y mujeres desempeñando funciones y cooperando entre sí para cumplirlas. El pensamiento posibilista es el motor que puede generar los cambios, que sin duda serán lentos en muchas sociedades, pero que hoy en día ya se están generando.

Los principales problemas de compatibilización entre los tribunales nacionales y los internacionales son la desinformación, el rechazo y la desnaturalización de la norma internacional por el operador nacional.<sup>110</sup>

irregular del Estado. En su Artículo II, establece que sus disposiciones serán aplicables, en lo conducente, para cumplimentar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aceptadas estas últimas por el Estado mexicano, en cuanto se refieran a pago de indemnizaciones.

<sup>110</sup> Al respecto, véase, Sagües, Néstor, “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica” en *Revista Ius et Praxis*, Año 9, Núm. 1, pp. 2005-221.



Los retos principales que tienen los jueces en nuestro país, no son distintos a los que enfrenten otros jueces en otras latitudes y que, en muchos casos han demostrado enorme creatividad, decisión y entusiasmo por superarlos. Los retos son más ideológicos que técnicos. La mayor capacitación, la difusión de los tratados y de los criterios de interpretación de las instancias internacionales, conjuntamente con el ejercicio independiente e imparcial de la función judicial, son medidas indispensables. La mayor apertura de los jueces hacia el derecho internacional depende también de su propia capacidad para asumir su papel de garante efectivo de los derechos fundamentales. En la mayoría de los Estados constitucionales no existen límites de naturaleza técnico-jurídica para que los jueces apliquen el derecho internacional y orienten sus decisiones conforme con la jurisprudencia y la práctica internacional más ilustrada. Existen buenos ejemplos en la práctica interna que orientan y sirven de guía, y existen también jueces plenamente concientes de su importante papel en el México contemporáneo.

# LECTURA 4

Tomada de: Guadalupe Barrena Nájera, y Carlos Montemayor Romo de Vivar, "Incorporación del derecho internacional en la Constitución mexicana", en Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez Rivas, *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, tomo III, México, IJ-UNAM (Serie Doctrina Jurídica, núm. 64), pp. 167-192.

## INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

Guadalupe BARRENA NÁJERA  
Carlos MONTEMAYOR ROMO DE VIVAR

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema.* II. *Sistemas de recepción de tratados internacionales.* III. *Incorporación de la costumbre internacional.* IV. *Incorporación de decisiones judiciales de tribunales internacionales.* V. *Conclusiones.*

### I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Desde 1945, las naciones encontraron que la mejor forma de tener una comunidad estable era someterse al derecho internacional. Los objetivos fundamentales de dicha comunidad fueron evitar la concentración de poder de manera excesiva por una nación y la protección de los derechos del individuo. Desde entonces, la aplicación efectiva del derecho internacional es una prioridad. Sin embargo, la relación del derecho internacional con respecto a los derechos internos no es tan alentadora. La existencia de obligaciones contradictorias entre el derecho internacional y el derecho interno genera diversos problemas. Algunos de ellos son: *a)* el *status* interno de las disposiciones legales internacionales desde la perspectiva del derecho constitucional; *b)* el examen del derecho interno por los tribunales internacionales; *c)* la relación entre la jurisdicción interna y la internacional, y *d)* la implementación de las decisiones judiciales internacionales en derecho interno.

La relevancia de esta problemática se aprecia más claramente considerando el interés general de la comunidad internacional por asegurar la protección a los derechos humanos. En ese contexto, el profesor Cançado Trindade, juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, opi-

na que estos problemas requieren y merecen mayor atención.<sup>1</sup> Esta problemática se presenta de manera similar en cualquier rama del derecho internacional.

Los problemas señalados se abordarán desde la perspectiva del concepto de soberanía; luego se discutirá la problemática vista desde la esfera internacional, y finalmente se discutirán modos alternativos para evitar contradicciones en la incorporación del derecho internacional en las Constituciones.

En este trabajo sólo se pretende mostrar los mecanismos de recepción del derecho internacional de varios Estados para cumplir con sus compromisos internacionales. No se abordará la disputa del *status* del derecho internacional ni su carácter vinculatorio con respecto de los Estados. Como señala el profesor Wheare, debe distinguirse entre el proceso de creación de las obligaciones, y el proceso de cumplir con ellas.<sup>2</sup> La relevancia del tema de la recepción del derecho internacional ha sido claramente descrita por el profesor Cassese:

*It is common knowledge that international law can only be implemented by State bodies. To be more specific: the majority of international rules are directed to the protagonists of the international community, i. e., States, and can only be put into operation if the domestic legal systems of States are ready to implement them.*<sup>3</sup>

El problema debe centrarse en los métodos para asegurar la eficacia de las obligaciones que el Estado ha adquirido.

1 Cançado Trindade, Antônio Augusto, “A Interação entre o Direito Internacional o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos”, *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, año XLV-XLVI, núms. 84-86, diciembre de 1992-mayo de 1993, p. 48: “*Se busca avaliar os resultados alcançados na proteção internacional dos direitos humanos e assegurar continuados avanços neste domínio no futuro*”.

2 Cassese, A., “Modern Constitutions and International Law”, *192 Recueil des Cours, III*, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 392: “Es generalmente aceptado que el derecho internacional solo puede ser implementado por los órganos del Estado. Para ser más específico: la mayoría de las normas internacionales están dirigidas a los protagonistas de la comunidad internacional, es decir, los Estados, y sólo puede ser puesto en operación si los sistemas legales internos de los Estados están preparados para implementarlas”.

3 *Ibidem*, p. 341.

### 1. *La concepción tradicional de la soberanía*

Las relaciones del derecho internacional con el derecho interno han sido tradicionalmente consideradas desde la concepción unitaria de la soberanía, que Kelsen describe como: “...*the property according to which the state is the supreme power or the supreme system of human behaviour, a meaning corresponding to the original sense of ‘sovereignty’ as derived from the Latin ‘superanus’*”.<sup>4</sup>

Este concepto de soberanía trae como consecuencia, en el ámbito internacional, que si cada Estado es el poder supremo en el ámbito de su competencia, cada uno debe entenderse como en condición de igualdad respecto de los demás. Este principio se incorpora sistemáticamente en los instrumentos multilaterales, por ejemplo, en la Carta de los Estados Americanos (artículo 10), y la Carta de las Naciones Unidas (artículo 2o., 1). Esta última establece claramente las consecuencias legales del principio de igualdad soberana: “Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados...”<sup>5</sup> El principio de jurisdicción interna implica que los Estados son libres de actuar siempre que el derecho internacional no les imponga una conducta determinada. El alcance de las facultades soberanas del Estado se define entonces de modo negativo, es decir, en ausencia de obligaciones internacionales. Dada la operación del concepto de soberanía en las esferas nacional e internacional simultáneamente, resulta conveniente emplear una concepción doble de supremacía al interior del territorio pero de igualdad en las relaciones internacionales, de la que se deriva la aceptación del Estado soberano de las normas internacionales.

### 2. *El derecho interno frente a los tribunales internacionales*

Desde el punto de vista del derecho internacional, la eficacia de las obligaciones requiere de su supremacía frente al derecho interno. El de-

4 Kelsen, Hans, “Sovereignty”, en Paulson y Paulson, *Normativity and Norms*, Inglaterra, Oxford, 1999, p. 525: “Propiedad de acuerdo con la cual el Estado es el poder supremo o el sistema supremo del comportamiento humano, un significado que corresponde al sentido original de ‘soberanía’ según se deriva del latín ‘superanus’”.

5 Carta de Naciones Unidas, artículo 2.7.

recho interno se considera como una evidencia de la voluntad del Estado.<sup>6</sup> El principio de igualdad soberana requiere que el derecho de las partes sea considerado como un hecho, y que no sea oponible para determinar el contenido de las obligaciones internacionales. La Corte Permanente de Justicia Internacional, en la sentencia del caso de la fábrica de Chórzow, señaló que: “*From the standpoint of international law and of the Court, which is its organ, municipal laws are merely facts that express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures*”.<sup>7</sup>

Una consecuencia de esta relación de preeminencia en la esfera internacional es que la legalidad de un acto en el ámbito del derecho interno no determina su legalidad en el derecho internacional. La Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha aclarado que la relación en sentido contrario tampoco es válida,<sup>8</sup> de modo que es posible que un acto sea legal bajo el derecho internacional, pero ilegal en derecho interno. Una segunda consecuencia es que frente a las reglas generales de la responsabilidad internacional, una vez que se ha adquirido una obligación, la incapacidad para asegurar su cumplimiento en los tribunales internos por cuestiones del ordenamiento nacional no es una excluyente de responsabilidad.<sup>9</sup> Estos principios de la jurisdicción internacional han cristalizado en

6 Véase Wilfred Jenks, *The Prospects of International Adjudication*, Inglaterra, Stevens & Sons, 1964, pp. 547-603.

7 Corte Permanente de Justicia Internacional, serie A, núm. 7, 1926, p. 19: “Desde el punto de vista del derecho internacional y del de la Corte, que es su órgano, las leyes internas son *meramente hechos* que expresan la voluntad y constituyen la actividad de los Estados, al igual que las decisiones judiciales y las medidas administrativas”.

8 *Electronica Sicula S. P. A. vs. United States of America*, CIJ Reports, 1989, pp. 15, 73 y 74.

9 *Difference Relating to Immunity From Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory opinion, CIJ, 1999, 29 de abril, General List, núm. 100: “61. *When national courts are seized of a case in which the immunity of a United Nations agent is in issue, they should immediately be notified of any finding by the Secretary-General concerning that immunity... The governmental authorities of a party to the General Convention are therefore under an obligation to convey such information to the national courts concerned... Failure to comply with this obligation, among others, could give rise to the institution of proceedings under Article VIII, Section 30, of the General Convention*”.

“Cuando las cortes internas son llamadas a resolver sobre un caso en que la inmunidad de un agente de Naciones Unidas, debieran ser notificadas inmediatamente de la declaración del Secretario General sobre tal inmunidad... Las autoridades gubernamentales de un miembro de la Convención General están, por lo tanto, bajo la obligación de transmitir la información a las cortes implicadas... El no cumplir esta obligación, entre

la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (Convención de Viena), ratificada por México en 1974, que señala: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.<sup>10</sup>

Debe contrastarse la claridad de la posición del derecho interno ante el derecho internacional, respecto de la relación contraria: el derecho internacional aparece en el derecho interno de muy diversas maneras. Las Constituciones de los Estados han relegado el tema de la recepción del derecho internacional, apareciendo incluso como *legibus solutus*.<sup>11</sup> Si se considera que es necesario asegurar la eficacia de las obligaciones internacionales, por ejemplo en materia de derechos humanos, debe pensarse en la incorporación del derecho internacional como un problema real con consecuencias prácticas para los Estados.

### 3. *Necesidad de un adecuado sistema de recepción de las obligaciones internacionales*

Las fuentes de las obligaciones internacionales, según se ha considerado tradicionalmente, están enumeradas en el artículo 38.1 del Estatuto de la CIJ:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
  - a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

otras, podría generar la institución de un procedimiento bajo el artículo VIII, Sección 30, de la Convención General”.

<sup>10</sup> Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, *Diario Oficial de la Federación*, 14 de febrero de 1975, artículo 27.

<sup>11</sup> Cassese, *op. cit.*, nota 2. Respecto de las obligaciones de derecho de costumbre, véase la p. 368: “...there are many constitutions, chiefly of Third World and socialist countries, which completely ignore the issue of the applicability of international custom at the national level”. “...hay muchas Constituciones, principalmente del Tercer Mundo y los países socialistas, que ignoran completamente el tema de la aplicación de la costumbre a nivel interno”.

Respecto de las obligaciones adquiridas por un tratado: “a survey of modern constitutions permit us to conclude that they fall roughly into four groups” uno de los cuales es “those which do not say anything about the implementation of international treaties” (p. 394), adicionalmente: “these are by far the most numerous and include most socialist countries... the bulk of third world countries and many western states as well” (p. 395).

- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

Dado el cúmulo de obligaciones internacionales que ha adoptado México,<sup>12</sup> es esencial que se amplíe la concepción de las fuentes del derecho internacional que prevalece en nuestro país, para permitir su reconocimiento como un sistema de normas. Dicho reconocimiento se debe hacer a través de un adecuado mecanismo de recepción, para darle eficacia. De acuerdo con las reglas de la responsabilidad internacional, el incumplimiento de una obligación genera responsabilidad, independientemente de su fuente.<sup>13</sup> Un inadecuado sistema de recepción obstaculiza la eficacia de las obligaciones, y coloca al Estado en una posición más propensa a adquirir responsabilidad internacional.

#### 4. *La incorporación del derecho internacional en el derecho mexicano*

En nuestro país sólo se incorporan al derecho interno las obligaciones adquiridas por medio de tratados. En materia de derechos humanos, podría interpretarse que el artículo 15 constitucional incorpora el principio de la máxima protección en favor de los particulares: “No se autoriza la celebración... de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano”.

Por otra parte, el principio de supremacía constitucional, establecido en el artículo 133 de nuestra carta magna, dicta: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma celebrados y que se celebren por el

<sup>12</sup> El gobierno mexicano ha celebrado un gran número de tratados internacionales en materia de inversión; acepta, actualmente, la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional, y ha aceptado diversos mecanismos de solución de controversias.

<sup>13</sup> Véase *Draft Articles on State Responsibility*, I. L. C. Doc., artículo 1o.



Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión...”.

De acuerdo con la tesis de la Suprema Corte de Justicia en el amparo 1475/98, este artículo debe interpretarse de manera tal que se coloque a los tratados internacionales por encima de las leyes federales y por debajo de la Constitución.<sup>14</sup> Esta interpretación se opone a la que este tribunal había sostenido tradicionalmente:

...el apuntado dispositivo legal no propugna la tesis de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, sino que adopta la regla de que el derecho internacional es parte del nacional, ya que si bien reconoce la fuerza obligatoria de los tratados, no da a estos un rango superior a las leyes del congreso de la unión emanadas de esa Constitución, sino que el rango que las confiere a unos y otras es el mismo.<sup>15</sup>

A pesar de que el derecho interno no mencione otras fuentes de obligaciones que los tratados internacionales, como lo establece el artículo 38 de la CIJ, existen otras fuentes de obligaciones internacionales. Algunas cuestiones que permanecen sin resolverse en la Constitución son: 1) Respecto de tratados internacionales: *a)* consecuencias legales de la firma de tratados sujetos a ratificación; *b)* jerarquía de los tratados respecto de las leyes, y la consecuencia de la ratificación de tratados contradictorios con la Constitución; *c)* medios para evitar tales contradicciones; 2) Medios de incorporación de la costumbre internacional, y 3) Medios de ejecución de sentencias internacionales en contra del Estado. A continuación se ofrece un análisis de algunos sistemas de incorporación que han abordado estos problemas.

<sup>14</sup> Novena época, instancia: Pleno, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, tesis: P.LXXXVII/99, p. 46, materia constitucional, tesis aislada.

<sup>15</sup> Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 256/81, C. H. Boehringer Sohn, 9 de julio de 1981, unanimidad de votos, ponente: Genaro David Góngora Pimentel; sostienen la misma tesis: amparo en revisión 269/81, José Ernesto Matsumoto Matsuy, 14 de julio de 1981, unanimidad de votos, ponente: Samuel Hernández Viazcan; amparo en revisión 160/81, National Research Development Corporation, 16 de julio de 1981, unanimidad de votos, ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vols. 151-156, sexta parte, p. 195. Véase también, amparo en revisión 2069/91, Manuel García Martínez, 30 de junio de 1992, mayoría de 15 votos, ponente: Victoria Adato Green, secretario: Sergio Pallares y Lara, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, octava época, núm. 60, diciembre de 1992, p. 27.

## II. SISTEMAS DE RECEPCIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES

### 1. *Obligaciones adquiridas por la sola firma de tratados*

De acuerdo con la Convención de Viena (artículo 18), la sola firma de los tratados previa a su ratificación genera obligaciones internacionales: “Un Estado deberá abstenerse de actos que frustren el objeto o fin de un tratado: a) si ha firmado el tratado... a reserva de ratificación... mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte del tratado...”.<sup>16</sup>

Una manera de asegurar el cumplimiento de esta obligación es el permitir en el marco de la Constitución la aplicación provisional de los tratados, como lo hace la Constitución de Colombia (artículo 224): “...el Presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan”.

El sistema de incorporación de nuestra Constitución no prevé ningún principio que limite los poderes del Estado de acuerdo con el artículo 18 de la Convención de Viena; ni tampoco una regla que faculte al Estado para la aplicación provisional de un tratado.

### 2. *Recepción de tratados internacionales ratificados*

La manera de incorporar el derecho internacional en el derecho interno se vuelve particularmente relevante desde la perspectiva de los derechos humanos, dado el interés de asegurar la eficacia de las obligaciones internacionales en este campo. El profesor Burgenthal, juez en la CIJ, a propósito de la incorporación de tratados internacionales, afirma: “It is also relevant to note that the principle, first enunciated by the U.S. Constitution and adopted by other states, that treaties and national statutes enjoy the same normative rank in the hierarchy of domestic law, is gradually being rejected by an increasing number of states”.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, *supra*, nota 10, artículo 18, inciso a.

<sup>17</sup> Burgenthal, Thomas, “Modern Constitutions and Human Rights Treaties”, *35 Colum. J. Transnt'l L.*, p. 212: “También es relevante señalar que el principio, postulado por primera vez por la Constitución de Estados Unidos y adoptado por otros estados, de que los tratados y las leyes internas tienen el mismo nivel normativo en la jerarquía del derecho interno, *está siendo rechazado gradualmente por un creciente número de estados*”.

Los regímenes democráticos que aparecieron en la década de los noventa permiten constatar este hecho, en virtud de que sus nuevos textos constitucionales reciben de una manera más clara las obligaciones internacionales del Estado.

Algunos textos constitucionales especifican que los tratados internacionales se encuentran por encima de las leyes del Estado. Nuestra Constitución incorpora los tratados internacionales al régimen jurídico interno, no obstante que la jerarquía de estas normas se deja a la interpretación de la Suprema Corte de Justicia. Sin embargo, algunas Constituciones expresamente indican la posición jerárquica de los tratados en el orden interno.

La Constitución francesa (1958) en su artículo 55 establece que los tratados internacionales están por encima de las leyes, sujeto a la condición de reciprocidad.<sup>18</sup> La Constitución de Andorra (1993) establece igualmente la preeminencia de los tratados sobre las leyes internas (artículo 3o., 4). La Constitución de Argentina (1994) expresamente indica que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes” (artículo 75). Respecto del proyecto de Constitución de las repúblicas Checa y Eslovaca, el profesor Stein señala que la Asamblea Federal autoriza a la nueva Corte Constitucional a declarar nula cualquier norma de la legislación federal y de las Constituciones y leyes de las dos repúblicas que sean inconsistentes con los tratados internacionales.<sup>19</sup> En Bulgaria (1991), los tratados internacionales “son parte del derecho interno y en caso de conflicto entre el derecho interno y el tratado, el segundo prevalece” (artículo 5o., 4).<sup>20</sup> La Constitución de Croacia (1990) establece que los tratados internacionales “están por encima de las leyes respecto de su efecto legal” (artículo 134).<sup>21</sup> En la Federación Rusa (1993) se establece que

18 Constitución francesa, artículo 55: “*Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie*”. <http://www.assemblee-nationale.fr/5/5aa.htm>

19 Stein, Eric, “International Law in Internal Law: Toward Internationalization of Central-Eastern European Constitutions?”, 88 *AJIL* 427, julio de 1994, p. 435.

20 *Ibidem*, p. 444. Artículo 5o. (4): “*treaties are part of internal law and in case of conflict between internal law and the treaty the latter prevails*”.

21 Artículo 134: “*International agreements concluded and ratified in accordance with the Constitution and made public are part of the Republic's internal legal order and are in terms of legal effect above law. Their provisions may be changed or repealed only under conditions and in the way specified in them, or in accordance with the general rules of international law*”.

“si un tratado internacional de la Federación Rusa (artículo 15., 4) incluye reglas diferentes de las estipuladas por el derecho, son aplicables las reglas del tratado internacional.”<sup>22</sup>

La declaración expresa de la supremacía de los tratados sobre las leyes internas fue una práctica común en la redacción de los textos constitucionales de los países de Europa del este. Este hecho confirma la tesis del profesor Burgenthal sobre el progreso de las democracias occidentales en este rumbo, y muestra la relevancia del desarrollo del derecho constitucional en este punto.

La tesis radical de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno fue adoptada por la Constitución de los Países Bajos (1983). En la interpretación del profesor Cassese, esta Constitución permite que las reglas de tratados internacionales autoaplicables contradigan la Constitución.<sup>23</sup> El procedimiento de ratificación de estos tratados es por una mayoría calificada de dos tercios (artículo 91.3): “Cualquier norma de un tratado que contradigan la Constitución o que lleven a contradicciones con ella, pueden ser aprobadas por las cámaras de los Estados Generales solo si al menos dos terceras partes de los votos son a favor”.

El profesor Burgenthal, al discutir este texto constitucional, comparte esta interpretación: “*The Netherlands appears to rank self-executing treaties above all national laws, including the constitution*”.<sup>24</sup> Tal como las Constituciones antes mencionadas, en los Países Bajos los tratados internacionales están por encima de las leyes en vigor, pero este texto incluye la implementación de las resoluciones de instituciones internacionales de las que el país forme parte (artículo 94).<sup>25</sup>

22 Federación Rusa, artículo 15: “4. *The commonly recognized principles and norms of the international law and the international treaties of the Russian Federation are a component part of its legal system. If an international treaty of the Russian Federation stipulates other rules than those stipulated by the law, the rules of the international treaty apply*”.

23 Véase Cassese, *op. cit.*, nota 2, p. 411. Aunque controvertida, parece que la interpretación viable de estas dos estipulaciones es que los tratados internacionales prevalecen sobre la Constitución, según el análisis de este autor.

24 *Idem*; Burgenthal, *op. cit.*, nota 17, p. 215.

25 Artículo 94, Constitución de los Países Bajos, en [http://www.uni-wuerzburg.de/law/nl00000\\_.html](http://www.uni-wuerzburg.de/law/nl00000_.html): “*Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties that are binding on all persons or of resolutions by international institutions*”.

“Las leyes en vigor en el Reino no serán aplicables si tal aplicación está en conflicto

### 3. Control previo de la constitucionalidad respecto de tratados

La acción de inconstitucionalidad contenida en el artículo 105 fracción II, inciso *c* de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, faculta al procurador general de la república para ejercerla en contra de tratados internacionales. Pero por la tesis sostenida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, también puede impugnarse la inconstitucionalidad de los tratados a través del juicio de amparo, combinando un control concentrado y difuso de la constitucionalidad. Aunque en varios países se acepta la superioridad de la Constitución sobre los tratados internacionales, se prevé, para evitar violaciones al derecho internacional, un tipo de control previo por parte de los tribunales constitucionales. Sobre este tema podemos citar lo que al respecto señala Joaquín Brage Camazano:

Por lo que a los tratados internacionales se refiere, si bien el tema no ha sido extrañamente objeto de una reflexión en profundidad por la doctrina relativamente abundante que en México ha analizado la acción de inconstitucionalidad, debe decirse que hay muy serias razones para propugnar un tratamiento especial, que lamentablemente no fue previsto por el constituyente de reforma en 1994 ni tampoco, más recientemente, en 1996. Nos referimos a un control de la constitucionalidad de carácter previo...<sup>26</sup>

La principal razón para defender la revisión previa de los tratados o someterlos a un control previo de la constitucionalidad es el artículo 26 de la Convención de Viena (el principio de *pacta sunt servanda*).

El problema es que “el incumplimiento de un tratado internacional por inconstitucional generará siempre responsabilidad internacional del Estado”.<sup>27</sup> Este problema es de gran importancia, ya que hace inoperante a la acción de inconstitucionalidad *a posteriori*, porque la responsabilidad internacional en la que incurra México por incumplir el tratado no es excusable por invocar normas internas.<sup>28</sup>

con reglas de tratados vinculatorios para las personas o de resoluciones de instituciones internacionales”.

<sup>26</sup> Brage Camazano, J., *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 147.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>28</sup> Véase, *supra*, parágrafo I. 2.

La Convención de Viena establece una excepción<sup>29</sup> en caso de vicios del consentimiento por incompetencia para celebrar tratados. El Estado sólo podrá alegar la violación de una norma fundamental para invalidar el tratado, si la falta de competencia de acuerdo al derecho interno es manifiesta, es decir, si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado. Esto hace virtualmente imposible que un Estado invoque su derecho interno como excepción a sus obligaciones internacionales.

Es por eso que en varios países se ha introducido la revisión previa de los tratados, como en España, Alemania, Francia, Portugal, Colombia, Eslovenia y Andorra.<sup>30</sup> Debemos insistir en el hecho de que el Poder Legislativo se debe limitar a lo que señale el constituyente, pero al ser el derecho internacional una limitación aceptada por el propio constituyente, se debe tener un método adecuado para determinar si los tratados que se van a celebrar por México están de acuerdo con la Constitución y con las obligaciones internacionales ya vigentes. Sin una revisión de carácter previo se violaría o el respeto a la Constitución (por estar obligados a reformarla para no violar el derecho internacional), o el respeto al orden internacional. Esta paradoja sólo puede resolverse con un mecanismo como el de la revisión previa de los tratados.

En cuanto a los países que han incorporado este mecanismo, mencionaremos los artículos relevantes y el modo en que opera. En particular analizaremos cómo algunas Constituciones establecen un control previo para el caso de cualquier ley, y otras que lo hacen de modo específico para el caso de tratados internacionales. Ese es el caso de Francia, que señala en su artículo 54 lo siguiente:

*Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation*

<sup>29</sup> La Convención de Viena, *supra*, nota 10, establece en su artículo 46: “1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esta violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

<sup>30</sup> Brage Camazano, J., *op. cit.*, nota 26, pp. 152-153.

*de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution.*<sup>31</sup>

En cambio, en el caso de las Constituciones de Angola, Portugal o Andorra, el control previo no sólo se hace de manera específica con respecto a tratados internacionales, sino con respecto a leyes, y en el caso de Angola y Portugal, incluso a decretos. A continuación transcribimos los artículos relevantes.

Portugal:

*1. The President of the Republic may request the Constitutional Court to undertake an anticipatory review of the constitutionality of any provision of an international treaty that has been submitted to the President for ratification, or of an instrument sent to the President for promulgation as a law or a decree-law, or of an international agreement where the decree giving approval has been presented for the signature of the President.*<sup>32</sup>

Angola:

*1. The President of the Republic and one-fifth of the Members of the National Assembly may request of the Constitutional Court prior consideration of the constitutional nature of any rule subject to promulgation, signature or ratification by the President of the Republic, namely statutory legal acts, executive laws, decrees or international treaties.*<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Constitución francesa, artículo 54: “Si el Consejo constitucional, requerido por el Presidente de la República, el Primer ministro, el presidente de una u otra asamblea, o por sesenta diputados o sesenta senadores, declaró que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización de ratificar o de aprobar dicho compromiso no puede suceder sino después de la revisión de la Constitución”.

<sup>32</sup> Constitución de Portugal (1976), artículo 278 (revisión previa de la constitucionalidad): “1. El Presidente de la República puede solicitar al Tribunal Constitucional que realice una revisión previa de la constitucionalidad de cualquier norma de un tratado internacional que haya sido sometida al Presidente para su ratificación o de un instrumento enviado al presidente para su promulgación, como una ley o un decreto, o de un acuerdo internacional cuyo decreto de aprobación fue presentado para la firma del Presidente”.

<sup>33</sup> Constitución de Angola (1992), artículo 154: “1. El Presidente de la República y una quinta parte de los Miembros de la Asamblea Nacional puede solicitar del Tribunal Constitucional una consideración previa sobre la naturaleza constitucional de cualquier regla sujeta a promulgación, firma o ratificación por el presidente de la República, concretamente, normas, leyes ejecutivas, decretos o tratados internacionales”.

### Andorra:

- 1. The Coprínceps may perform the following acts of their free will:*
- e) The requirement of a preliminary judgment of unconstitutionality of the laws.*
  - f) The requirement of a judgment about the unconstitutionality of international treaties, prior to their ratification.*<sup>34</sup>

Es importante señalar que este tipo de control previo recién mencionado puede no ser conveniente. Es claro que en el caso de la revisión previa de tratados, el control debe hacerse de manera abstracta, pues no existe un caso concreto de contradicción entre el tratado y la Constitución (todavía no entra en vigor). Pero también es claro que es una exigencia impuesta por el derecho internacional el hacer esa revisión antes que el Estado quede obligado. Esta justificación no se da en el caso de leyes, pues es deseable que exista un conflicto concreto para evitar que se concentren demasiados casos de control abstracto y previo, que requieren de otro tipo de análisis. Podemos concluir que en estos casos es preferible un control concreto y difuso (pues son los jueces comunes los que se enfrentan a este tipo de conflictos).

En el caso de la Constitución de Colombia nos encontramos con un control previo y oficioso de la constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional colombiana, en donde el gobierno debe remitir los tratados internacionales antes de ser ratificados. Esto se hace con el objeto de que la Corte falle sobre su acuerdo o desacuerdo con la Constitución.

A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirán las siguientes funciones:

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley.

Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados.

<sup>34</sup> Constitución de Andorra (1993), artículo 46: “1.Los copríncipes pueden realizar los siguientes actos según su libre voluntad:

*e) La petición de un juicio previo sobre la inconstitucionalidad de leyes.*

*f) La petición de un juicio sobre la inconstitucionalidad de tratados internacionales antes de su ratificación”.*



Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el conocimiento formulando la correspondiente reserva.<sup>35</sup>

Consideramos que en España se cometió el error de calificar a los tratados sujetos al control constitucional previo como aquellos que contienen disposiciones “contrarias a la Constitución”. El error consiste en que no se puede saber si un tratado está o no de acuerdo con la Constitución sin una sentencia del cuerpo judicial competente, en este caso el Tribunal Constitucional español. Por eso es difícil pensar que el gobierno o cualquiera de las cámaras puedan requerir a dicho tribunal con esa base. De cualquier modo, la Constitución española incorpora en su texto el control previo de los tratados, que como hemos dicho, es un gran avance para la incorporación coherente del derecho internacional: “1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción”.<sup>36</sup>

De igual manera que Francia (en el artículo que citamos), se impide la ratificación de un tratado sin que se revise la constitucionalidad del mismo. Sin embargo, tiene la peculiaridad de establecer que el Consejo constitucional debe ser requerido. Como guardián de la Constitución, las resoluciones del Consejo afectan a todas las autoridades, y en caso de las leyes, éstas no pueden aplicarse, pero en el caso de los tratados, pueden hacerse reservas. Este es un aspecto importante de la revisión previa, pues facilita la formulación de reservas pertinentes y específicas por parte de los Estados. Esto produce un efecto benéfico en las negociaciones, pues nada más se centra la discusión sobre esos puntos. Los demás países sabrán entonces con claridad si aceptan esas condiciones en términos de reciprocidad o si deciden no obligarse con ese Estado. Con respecto a las reservas, cabe señalar que las condiciones para poder formularlas están en el artículo 19 de la Convención de Viena. Una de ellas es que no sea contraria al objeto y propósito del tratado.

35 Constitución de Colombia (1991, reformada en 1997), artículo 241.

36 Constitución de España (diciembre de 1978), artículo 95.

En el caso de Alemania, parece no estar regulado el control previo de la constitucionalidad. Sin embargo, el artículo 32 de su Constitución puede interpretarse de ese modo, pues señala que antes de celebrarse un tratado que afecte a un Estado federado, debe consultársele. Teniendo en cuenta que éstos tienen acción de inconstitucionalidad puede desprenderse que en esos casos se admita la revisión previa de los tratados por parte del Tribunal Constitucional. El texto de la Constitución alemana no regula el control previo, y esto genera los problemas a que nos hemos referido anteriormente.

*“1. Relations with foreign states are a responsibility of the Federation. 2. Before the conclusion of a treaty affecting the special circumstances of a State [Land], that State has to be consulted in time”.*<sup>37</sup>

Sin embargo, el Tribunal Constitucional admitió en su sentencia del 8 de diciembre de 1952 la posibilidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de los tratados previamente a su ratificación con ocasión de un dictamen solicitado por los gobiernos de los *Länder* o por la tercera parte de los miembros del *Bundestag*.<sup>38</sup> Esta resolución está de acuerdo con la interpretación que se ha ofrecido anteriormente.

Finalmente, la Constitución de Eslovenia establece un control similar al de España y Francia, en el sentido de requerir la petición de las personas legitimadas para ejercer la acción de inconstitucionalidad y realizar el control previo. Difiere de la de Portugal, Angola y Andorra en que no es un proceso semejante al control de otros actos legislativos, y de Colombia por no ser un proceso legislativo especial (situación que la Constitución colombiana comparte con Bélgica en sus artículos 36, 115, 121 y 169) y por no ser un procedimiento oficioso de revisión previa.

*2. At the instigation of the President of the Republic, of the Government or of no less than one opinion as to the conformity of an international agreement in the process of being adopted by the State, with this Constitution. The National Assembly shall be bound by any such opinion of the Constitutional Court.*<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Constitución de Alemania (1949, reformada en 1990), artículo 32: “1. Las relaciones con otros Estados son responsabilidad de la Federación. 2. Antes de la celebración de un tratado que afecte la especial circunstancia de un Estado [*Land*], dicho Estado tiene que ser consultado a tiempo”.

<sup>38</sup> Véase Brage Camazano, J., *op. cit.*, nota 26, p. 152.

<sup>39</sup> Constitución de Eslovenia (1991, reformada en 2000), artículo 160 (jurisdicción del Tribunal Constitucional): “2. A petición del Presidente de la República del gobierno

Aún cuando la revisión previa puede prevenir ciertos conflictos entre los tratados y el orden constitucional, también es cierto que se mantiene latente la posibilidad de que un caso concreto plantee una contradicción de esta naturaleza. Este punto rebasa la discusión que se ofrece en este trabajo.

### III. INCORPORACIÓN DE LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

Existen diversas Constituciones recientes que integran la costumbre internacional a su sistema jurídico, pero no especifican su nivel jerárquico frente al derecho interno.

Al igual que la Constitución alemana, antes mencionada,<sup>40</sup> Japón e Italia adoptaron en su Constitución el derecho internacional general después de la Segunda Guerra Mundial. La Constitución de Japón (1947) incorpora la costumbre internacional (artículo 98., 2).

La Constitución italiana incluye una regla similar en su artículo 10, y el profesor Morais Pires la interpreta diciendo que “*toda a norma interna contrária às disposições internacionais gerais será pura e simplesmente inconstitucional*”.<sup>41</sup> Además:

*The Italian Court of Cassation has said that this provision has the effect of introducing customary international law as part of italian law, but without introducing treaty rules... because the automatic reception provided for... applies only in the case of generally recognized rules of international law, that is, the general customs of international law, and no those obligations which become part of positive law by virtue of the ratification of international treaties providing for such obligations. The latter require... the enactment of municipal measures of enforcement.*<sup>42</sup>

o de no menos de un tercio de las Diputaciones de la Asamblea Nacional, el Tribunal Constitucional debe dar una opinión sobre la conformidad de un acuerdo internacional, durante el proceso de su adopción por el Estado, con esta Constitución. La Asamblea Nacional estará obligada por cualquier opinión del Tribunal Constitucional al respecto”.

<sup>40</sup> Véase nota 37.

<sup>41</sup> Morais Pires, Maria Jose, *Relações entre Direito Internacional e o Direito Interno em Direito Comparado*, núms. 53-54, Documentação o Direito Comparado Portugal, 1993, p. 147: “toda norma interna contraria a las disposiciones internacionales generales será pura y simplemente inconstitucional”.

<sup>42</sup> Entr Nazionale per la Cellulosa vs. Cartiera Italiana 24 I. L. R. 12 (1957): “La Corte Italiana de Casación ha dicho que esta regla tiene el efecto de introducir derecho

A este respecto, el profesor Cassese afirma que este texto constitucional da a la costumbre un valor superior a la Constitución.<sup>43</sup>

Más recientemente, la Constitución de Andorra estableció que “Andorra incorpora a su ordenamiento los principios de derecho internacional público universalmente reconocidos” (artículo 3o., 3). Igualmente, la Constitución de Bielorrusia reconoce la “preeminencia de los principios de derecho internacional universalmente aceptados, y debe asegurar que su legislación esté de acuerdo con esos principios” (artículo 8o.). La Constitución de Yugoslavia (1992) establece que las “normas de derecho internacional generalmente aceptadas son parte constitutiva del orden jurídico nacional” (artículo 16, 2). Una cláusula similar se repite en otras Constituciones de Europa, como Austria (1983) (artículo 9o., 1); Hungría (1997) (artículo 7o., 1), y Eslovenia (2000) (artículos 8o. y 153., 2).

Polonia (1997) establece un sistema de incorporación a través de un acto del Estado; pero en su artículo 42.1 incorpora la posibilidad de castigar actos que sean considerados como crímenes internacionales en el momento de ser cometidos.

La Constitución de Portugal incluye reglas similares de incorporación de derecho internacional general, pero especifica además que las resoluciones de los organismos internacionales de los que Portugal sea parte, son vinculatorias (artículo 8o.). El profesor Cassese clasifica esta Constitución bajo el sistema de incorporación de *lex posterior derogat priori*.<sup>44</sup> La Constitución de Estados Unidos (artículo 9o.) emplea dicho sistema, que bajo la interpretación de sus Cortes significa que:

*...it follows, therefore, that when a law is clear in its provisions, its validity cannot be assailed before the Courts for want of conformity to stipulations of a previous treaty not already executed. Considerations of that*

consuetudinario internacional como parte del derecho italiano, pero sin introducir normas de tratado... porque la recepción automática prevista... aplica sólo en el caso de reglas generalmente aceptadas de derecho internacional, esto es, la costumbre general de derecho internacional, y no aquellas obligaciones que se vuelven parte del derecho positivo por medio de la ratificación de tratados internacionales que contengan tales obligaciones. Estas últimas requieren la adopción de medidas internas para su vigencia”.

<sup>43</sup> Véase, Cassese, A., *op. cit.*, nota 2, p. 370.

<sup>44</sup> Ley posterior deroga la anterior. *Ibidem*, p. 369.

*character belong to another department of the government. The duty of the courts is to construe and give effect to the latest expression of the sovereign will.*<sup>45</sup>

### 1. *La costumbre es vinculativa mediante un acto de incorporación*

Algunas Constituciones incorporan el derecho internacional general en el derecho interno; sin embargo, estipulan que para que tal derecho sea aplicable, se requiere un acto del Estado que lo declare así. Un ejemplo reciente de este sistema de incorporación es la Constitución de Estonia (1993), que en su artículo 3o. establece que “las normas y principios de derecho internacional generalmente aceptados son parte integral del sistema de justicia estonio... Sólo se deben obedecer las leyes que hayan sido proclamadas”. De esto puede concluirse que el sistema de justicia estonio no podrá fallar con base en el derecho internacional a menos que éste se encuentre incorporado en alguna ley proclamada de acuerdo con los procedimientos constitucionales.

Finalmente, la Constitución de Finlandia (1999) establece en su artículo 95.1, que: “1. *The provisions of treaties and other international obligations, in so far as they are of a legislative nature, are brought into force by an Act. Otherwise, international obligations are brought into force by a Decree issued by the President of the Republic*”.<sup>46</sup>

Esta Constitución también establece un sistema especial de aprobación de tratados, por mayoría calificada del Parlamento en caso de que el tratado involucre a la Constitución o a un cambio del territorio nacional.

<sup>45</sup> Whitney vs. Robertson, 124 U.S. 3 (Dall.) 1796, en Dolinger, J., “Brazilian Supreme Court Solutions for conflicts between domestica and international law: an exercise in eclecticism”, 22 *Cap. U. L. Rev.* 1041 (Fall, 1993), p. 1050: “Se sigue, por lo tanto, que cuando una ley es clara en sus normas, su validez no puede ser *assailed* ante la Corte por falta de conformidad con las reglas de un tratado previo no ejecutado con anterioridad. Consideraciones de este tipo pertenecen a otra rama del gobierno. El deber de las cortes es asegurar y dar efecto a la última expresión de la voluntad del soberano”.

<sup>46</sup> Finlandia (1999), sección 95. Entrada en vigor de las obligaciones internacionales: “1. Las provisiones las normas de tratados y de otras obligaciones internacionales, en la medida en que tienen naturaleza legislativa, entran en vigor por una Ley. De otra manera, las obligaciones internacionales entran en vigor por un Decreto hecho por el presidente de la República”.

## 2. *Costumbre a nivel constitucional incorporada automáticamente*

La Constitución de Alemania, desde 1949, y tras las reformas del Tratado de Unificación de 1990 y el Estatuto Federal del mismo año, establece que: “Las reglas generales de derecho internacional público forman parte integral del derecho Federal. Tienen preeminencia sobre las leyes y directamente crean derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal”.<sup>47</sup>

En este precepto la Constitución alemana no distingue entre las normas del derecho internacional público y las normas constitucionales. Este sistema de incorporación, sin embargo, no incluye alguna regla sobre la jerarquía de los tratados internacionales en el orden jurídico alemán.

## 3. *Incorporación de derechos humanos en la Constitución con un régimen especial*

Como lo señala el profesor Burgenthal, el cambio de métodos de incorporación en las democracias occidentales se aprecia especialmente en el tema de los derechos humanos. Algunas Constituciones han incorporado reglas especiales en torno de estos tratados, la Constitución de México en su artículo 15, la de Costa Rica (reforma de 1989) en su artículo 48 y la Constitución de la República Checa (1993) en su artículo 10.

El modo de recepción de derecho internacional más progresista emplea la costumbre internacional para la interpretación de las garantías individuales, específicamente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Ejemplos de este modo de incorporación de derecho internacional son: Argentina (artículo 75), España (artículo 10., 2); Rumania (artículo 20), y Nicaragua (1987) artículo 46.

## 4. *Problemas de la incorporación de costumbre internacional*

Uno de los problemas centrales en la incorporación de la costumbre es que de acuerdo con el artículo 38.1 (b) del Estatuto de la CIJ, la cos-

<sup>47</sup> Basic Law for the Federal Republic of Germany, General Electric’s Germany & Europe Round Table (<http://wiretap.area.com/Gopher/Gov/World/germany.con>), artículo 25: “The general rules of public international law form part of the Federal law. They take precedence over the laws and directly create rights and duties for the inhabitants of the Federal territory”.

tumbre requiere de una práctica consistente por parte de los Estados considerada por ellos como ley. Esto hace que la costumbre presente un problema especial de recepción: si la costumbre se conforma de los actos consistentes de los Estados, siendo una instancia de éstos los actos legislativos, la costumbre *es ya*, en cierto sentido, parte de su orden jurídico. Por otro lado, cabría establecer, de acuerdo con el criterio de que se requiere un acto de Estado que incorpore el derecho internacional, que son dos ámbitos distintos de actividad del Estado, que, en realidad, son dos órdenes distintos. Este es el problema que tan acertadamente desarrolla Jacob Dolinger a partir de la vieja distinción entre monismo y dualismo.<sup>48</sup>

Un buen ejemplo de dualismo en la incorporación de costumbre sería el caso de Finlandia.<sup>49</sup> El exigir un acto de Estado puede ser contradictorio con el hecho de que la costumbre se forma a partir de actos del Estado. Sin embargo, el proponer un monismo absoluto en la incorporación de costumbre parece llevar a la tesis de Estados Unidos, en donde la última voluntad del soberano es la que prevalece.<sup>50</sup>

Parece ser que la forma más conveniente de incorporar la costumbre es a través de decisiones internas. El reconocimiento de una obligación que ha alcanzado el nivel de costumbre entre las naciones no tiene que hacerse por medio de una ley (pues como dijimos esto se da en el proceso mismo de la formación de costumbre). Es en los casos concretos en donde se debe reconocer que existe dicha obligación. Un ejemplo muy sugerente de este tipo de incorporación es el caso *Filartiga*, en donde la Segunda Corte de Circuito de Apelación de Estados Unidos reconoció que algunas partes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos eran costumbre.<sup>51</sup>

Una evidencia de que la costumbre debe incorporarse a través del reconocimiento de la misma en decisiones judiciales es precisamente el artículo 38, I, inciso *d* del Estatuto de la CIJ, que señala que como medio complementario para el establecimiento de una norma de derecho se aceptan las decisiones judiciales (tanto internas como internacionales). El problema es confundir el modo de creación de la costumbre (actos de

48 Dolinger, J., *op. cit.*, nota 45, p. 1043.

49 Véase, *supra*, nota 42.

50 Dolinger, J., *op. cit.*, nota 45, p. 1050.

51 *Filartiga vs. Pena-Irala*, 630 F. 2d 876.

Estado con un sentido de obligatoriedad) con su reconocimiento e incorporación en un sistema.

#### IV. INCORPORACIÓN DE DECISIONES JUDICIALES DE TRIBUNALES INTERNACIONALES

La reciente aceptación de México de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIADH) atrajo la atención al problema de la incorporación de las decisiones judiciales en contra del Estado. En cuanto a su competencia, la CIADH puede “conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido”.<sup>52</sup> Además, puede ordenar medidas provisionales y tiene facultad para determinar la reparación en caso de responsabilidad internacional.<sup>53</sup>

En cuanto a su jurisdicción consultiva, de un modo innovador, los Estados miembros de la Convención Interamericana de Derechos Humanos están facultados para pedir opiniones consultivas a la CIADH “acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”,<sup>54</sup> y “acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.<sup>55</sup>

Una vez que se ha dictado una resolución judicial, la Convención establece claramente que se debe asegurar un procedimiento de ejecución de la sentencia: “La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.<sup>56</sup>

La Convención respecto de las obligaciones de las partes en la sentencia ha sido acusada de vaguedad.<sup>57</sup> Sin embargo, la Convención pare-

52 Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículo 62.

53 *Ibidem*, artículo 63.

54 *Ibidem*, artículo 64.1.

55 *Ibidem*, artículo 64.2.

56 *Ibidem*, artículo 68.2.

57 Cerna, Christina M., “International Law and the Protection of human Rights in the Inter-American System”, *19 Houston J. Of Int'l L.*, núm. 3, primavera de 1997, p. 755: “Article 68 recognized the implicit sovereignty of the state. It does not order the state to give legally binding force to the Court’s judgement, but rather calls upon it ‘to undertake to comply’, a much vaguer obligation”.



ce clara al prever que las partes deben asegurar el cumplimiento por los medios internos de ejecución de sentencias contra el Estado.

En cuanto a la incorporación al derecho interno de estas resoluciones, aparece un problema adicional: si puede considerarse a los tribunales internacionales como una cuarta instancia para revisar la legalidad de los actos de los Estados. Al respecto, el profesor Cançado Trindade, juez de la CIADH, explica que los tribunales internacionales:

*...não “substituem” os tribunais internos, e tampoco operan como Átribunais de recursos o de casao de decises dos tribunais internos. Não obstante, os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais quando se traata de verificar a sua conformidade com as obrigações internacionais dos estados Estados em materia de direitos humanos. Os atos internos dos Estados não se encontram isentos de verificação quanto a seu valor de prova, porquento podem não estar conformes as obrigações internacionais dos Estados.<sup>58</sup>*

De manera similar, al analizar la relación entre los actos de los Estados y la función judicial internacional, Hersch Lauterpacht, juez de la CIJ, en un voto disidente en el caso de ciertos préstamos noruegos, distingue claramente entre la materia de los juicios ante una corte interna, y la materia de los juicios internacionales.

*Undoubtedly the interpretation of the contracts between the Norwegian government and the bondholders is primarily a question of Norwegian Law. It is not disputed that the Norwegian Law is the proper law of the contract and that it is for the Norwegian courts to decide what Norway has actually promised to pay. However, the complaint of the French Government is that, having regard to the currency legislation suspending the operation of the gold clause, the Norwegian law which the Norwegian courts are bound to apply in this case is contrary to international law.<sup>59</sup>*

58 Cançado Trindade, *op. cit.*, nota 1, p. 51: “...no sustituyen a los tribunales internos, ni tampoco operan como tribunales de recurso o de casación de las decisiones de los tribunales internos. No obstante, los actos internos de los Estados pueden ser objeto de examen por parte de los órganos de supervisión internacionales cuando se trata de verificar su conformidad con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos. Los actos de los Estados no se encuentran exentos de verificación en cuanto a su valor de prueba porque pueden estar de acuerdo con las obligaciones internacionales de los Estados”.

59 CIJ, 1957, p. 37: “Sin duda la interpretación de contratos entre el gobierno noruego y los accionistas es en principio una cuestión de derecho noruego. No se discute

La CIJ podría ser considerada una corte de casación sólo en el caso de que decidiera con base en el derecho noruego, sobre la legalidad de los actos del gobierno. Sin embargo, este tribunal juzga la legalidad de los actos de los Estados a la luz del derecho internacional.

En fechas más recientes, frente al caso de un ciudadano alemán, ante su inminente pena de muerte, el gobierno solicitó a la CIJ medidas provisionales para impedir su ejecución en Estados Unidos. En ese caso, la CIJ observó en sus considerandos que: “...*the function of this Court is to resolve international legal disputes between States, inter alia when they arise out of the interpretation or application of international conventions, and not to act as a court of criminal appeal*”.<sup>60</sup>

Las decisiones de la CIADH tienen un impacto en la práctica porque son base para interpretaciones posteriores de los Estados.<sup>61</sup>

Es plausible —y acaso anuncia el cambio del porvenir— el criterio de que la jurisprudencia de la Corte Interamericana fija el rumbo de la jurisprudencia nacional en lo que respecta a la interpretación hecha por aquélla, en ejercicio de su jurisdicción, sobre normas internacionales relativas a los derechos humanos.<sup>62</sup>

Nuestra Constitución no incorpora en este momento ninguna regla respecto de las decisiones internacionales, a pesar de la obligación de asegurar internamente el cumplimiento de la sentencia. En cuanto a la incorporación de decisiones judiciales internacionales, la Constitución de la República Checa, en su artículo 87, autoriza a la Corte Constitu-

si el derecho noruego es el derecho que regula el contrato y que corresponde a las cortes noruegas decidir lo que Noruega ha efectivamente prometido pagar. Sin embargo, la queja del gobierno francés es que, atendiendo a la legislación monetaria que suspende la operación de la cláusula de oro, la ley aplicable que las cortes noruegas deben aplicar en este caso, es contraria al derecho internacional”.

<sup>60</sup> Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Germany vs. United States of America), Request for the Indication of Provisional Measures-Order, 1999, CIJ, núm. 104: “...la función de la Corte es resolver disputas jurídicas internacionales entre Estados, entre otras, cuando surgen de la interpretación o aplicación de convenciones internacionales, y no la de actuar como una corte de apelación penal”.

<sup>61</sup> Véase Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, *supra*, nota 10, artículo 31.3.b: “toda base ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”.

<sup>62</sup> García Ramírez, Sergio, capítulo “La jurisdicción interamericana sobre derechos humanos, actualidad y perspectivas”, *Estudios jurídicos*, México, UNAM, 2000, p. 295.

cional para resolver sobre “medidas necesarias para dar efecto a una sentencia de un tribunal internacional vinculatoria para la República Checa, si no puede dársele efecto de otro modo”.

## V. CONCLUSIONES

La búsqueda de la eficacia del derecho internacional requiere que los Estados busquen sistemas de incorporación que eliminen, en la medida de lo posible, las contradicciones entre sus determinaciones al interior y las obligaciones que adquieran al exterior.

Respecto de la incorporación de las obligaciones internacionales, se deben considerar tres rubros importantes: *a)* los tratados, en el momento de su firma y su ratificación; *b)* la costumbre internacional, y *c)* las decisiones judiciales internacionales. En estos campos, la década de los noventa trajo consigo grandes avances en las democracias occidentales, de modo que la variedad y profundidad con la que los textos constitucionales tratan estos temas es muy amplia. El derecho constitucional mexicano tiene una gran cantidad de ejemplos en estas Constituciones para poder aclarar el problema de la inconsistencia de sus obligaciones y las leyes internas, para incrementar la eficacia del derecho internacional. Específicamente, debería considerarse la posibilidad de expresar en el texto constitucional: la jerarquía de los tratados internacionales respecto de las leyes; el control previo de la constitucionalidad respecto de la firma de tratados; la incorporación de la costumbre internacional según la interpreten las cortes nacionales, y la inclusión de facultades expresas para que las cortes internas implementen las decisiones judiciales de los procesos en los que México sea parte.



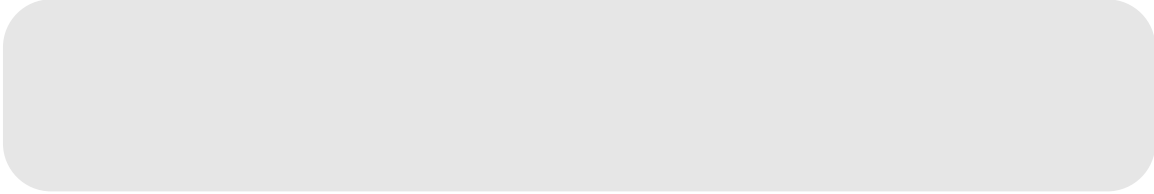
## EJERCICIOS

1. Desarrolle en un cuadro comparativo las distintas posibilidades mediante las cuales se puede llevar a cabo la recepción del DIDH.

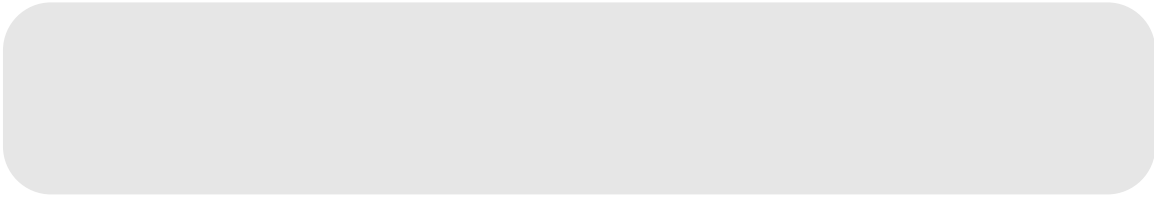
2. Represente en un esquema los distintos criterios utilizados por la SCJN sobre la jerarquía normativa prevista en el artículo 133 de la Constitución.

3. Explique los principales deberes que tienen las y los jueces conforme al DIDH, sintetizando el contenido de las obligaciones de prevención, acceso a la justicia, y deber de investigar y de reparar el daño.

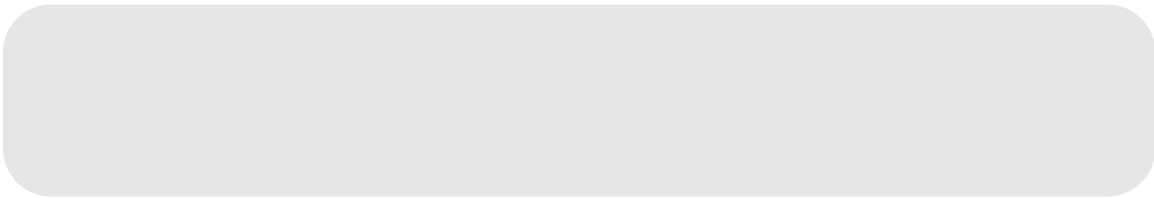
4. Identifique en un mapa conceptual los principales derechos que se encuentran involucrados con el derecho a la verdad.



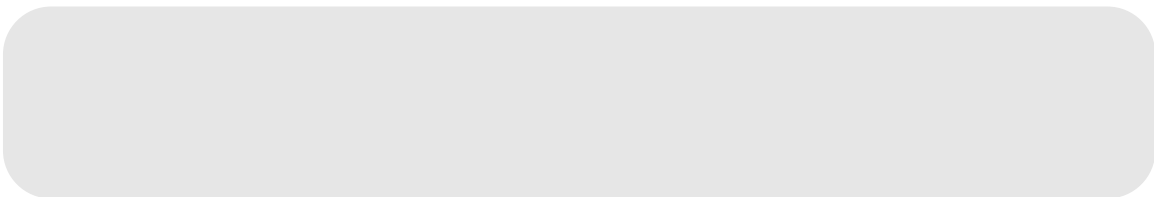
5. Analice las principales razones que se plantean en relación con el carácter especial que revisten los tratados que contienen normas de derechos humanos.



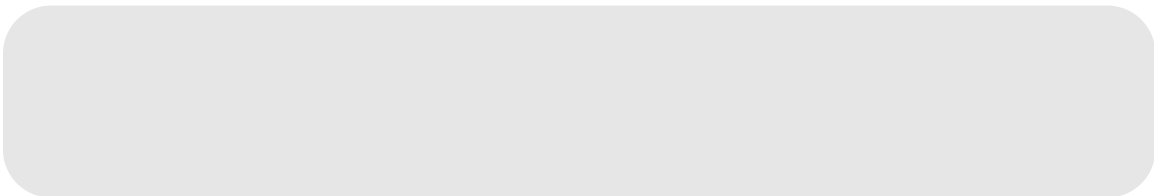
6. Explique las consecuencias jurídicas que podrían generarse en caso de establecer en México un sistema de control de constitucionalidad previo.



7. De acuerdo con las lecturas analizadas, advierta los principales retos de la recepción del derecho internacional.



8. Reconstruya los principales elementos que conforman el concepto de "control de convencionalidad".



9. Delimite los problemas que surgen entre la recepción del derecho internacional y las distintas concepciones de la idea de soberanía.

10. Sintetice los principales retos a los que se enfrentan las y los jueces para que haya una mejor recepción del derecho internacional.



## AUTOEVALUACIÓN

1. Constituye uno de los principios de interpretación del DIDH:
  - a) Principio de estricto derecho
  - b) Principio de interpretación evolutiva
  - c) Principio de aplicación retroactiva
  - d) Principio de restricción de los derechos
  
2. Es el encargado en última instancia de velar por la garantía de los derechos en el Estado Constitucional:
  - a) El juez internacional
  - b) El juez constitucional
  - c) El juez de apelación
  - d) El juez de primera instancia
  
3. Constituye el criterio más reciente de jerarquía normativa en México de acuerdo con la interpretación del artículo 133 de la Constitución federal:
  - a) Los tratados se encuentran por encima de las normas
  - b) Los tratados se encuentran al mismo nivel que las leyes federales
  - c) Los tratados se ubican por debajo de la Constitución pero por encima de las leyes generales, federales y locales
  - d) Los tratados se encuentran al mismo nivel que las leyes federales

4. ¿Cuáles son los sistemas regionales de protección de los derechos humanos?
- a) El sistema universal y el internacional
  - b) El sistema interno y el sistema internacional
  - c) El sistema africano, el interamericano y el europeo
  - d) El sistema universal y el sistema europeo
5. Reconoce a la protección de los derechos humanos como una cuestión universal y contradice la idea de que la protección a los derechos humanos es un asunto interno:
- a) La teoría monista internista
  - b) La teoría dualista
  - c) La teoría monista internacionalista
  - d) La teoría negacionista de los derechos humanos
6. Constituye una de las bases del DIDH:
- a) Que el derecho internacional sustituye al derecho interno de los Estados
  - b) Que el derecho internacional es complementario del derecho interno
  - c) Que no existe conexión entre el derecho internacional y el derecho interno, ya que el estudio de uno no debe implicar el del otro
  - d) Que el derecho interno de los Estados debe prevalecer al derecho internacional
7. Constituye un mecanismo que evita la ratificación de tratados incompatibles con una disposición constitucional:
- a) Control de constitucionalidad *a posteriori*
  - b) Control de convencionalidad
  - c) Control previo de constitucionalidad
  - d) Control difuso
8. Constituye una herramienta de utilidad que permite que cualquier juez del derecho interno interprete los actos o resoluciones a la luz de la CADH para fundar sus sentencias:
- a) Control concentrado de constitucionalidad
  - b) Control de legalidad
  - c) Control de las normas
  - d) Control de convencionalidad
9. Constituyen mecanismos que permiten mejorar los esquemas de recepción nacional del derecho internacional por parte de las y los jueces:
- a) La ignorancia de las normas de derecho internacional
  - b) La determinación de la superioridad de las normas del derecho interno



- c) La capacitación, la educación en derechos humanos, y el reconocimiento de los estándares internacionales de protección a los derechos humanos
- d) Ninguna de las anteriores

**10. Constituye el concepto de Constitución propio de un Estado garantista:**

- a) La constitución como programa político del Estado
- b) La constitución sin garantías para los derechos
- c) La constitución como instrumento normativo
- d) La constitución como ideal

**CLAVES DE RESPUESTA****MÓDULO I**

1. b
2. b
3. d
4. b
5. d
6. d
7. d
8. b
9. a
10. b

**MÓDULO II**

1. c
2. a
3. b
4. d
5. a
6. c
7. a
8. d
9. b
10. a

**MÓDULO III**

1. b
2. b
3. c
4. c
5. c
6. b
7. c
8. d
9. c
10. c

**MÓDULO IV**

1. c
2. b
3. d
4. a
5. c
6. a
7. b
8. d
9. a
10. b

*Programa de defensa y protección de los derechos humanos*  
se terminó de imprimir en junio de 2010  
en los talleres de Corporación Mexicana de Impresión, S. A. de C. V.,  
General Victoriano Zepeda 22, col. Observatorio, del. Miguel Hidalgo,  
11860 México, D. F. Para su composición se utilizaron tipos  
Rotis Sans Serif de 11:14 y Frutiger de 11, 14 y 36 pts.  
El tiro fue de 50 ejemplares impresos en papel bond de 75 g.