

El juicio sobre los hechos ha pertenecido durante mucho tiempo, sea al ámbito de cuestiones jurídicas no problemáticas, sea a una "zona de penumbra" donde reina el arbitrio judicial. Prueba de ello es la inclinación forense a atribuir a la decisión probatoria una naturaleza demostrativa o a considerar pura y simplemente que está basada en una íntima e intransferible convicción, en una especie de *quid inelabile*, de corazonada no exteriorizable ni controlable. Incluso la teoría de la argumentación jurídica —que tan importante desarrollo ha experimentado en los últimos años— se ha centrado en los problemas de interpretación de las normas, pero ha dedicado una escasa atención a la prueba.

Este libro pretende ser una contribución al análisis de esa parte tantas veces olvidada del razonamiento judicial, teniendo en cuenta los esquemas propios de la epistemología general.

El estudio resalta dos rasgos esenciales del conocimiento judicial de hechos que influyen en la calidad del resultado alcanzado: su naturaleza inductiva y su carácter institucionalizado. El primero pone de manifiesto que los resultados probatorios no son infalibles sino (solo) probables. El segundo, que la prueba se desarrolla en un marco institucional de reglas (procesales) que sustituyen los criterios propios de la libre adquisición de conocimiento por otros autorizados jurídicamente: lo que, con frecuencia, contribuye también a rebajar la calidad del conocimiento alcanzado. De todo ello derivan importantes consecuencias para un modelo judicial de prueba: si la prueba no produce resultados infalibles, han de introducirse todas las garantías posibles, para lograr una mayor fiabilidad en la declaración de los mismos y, en su caso, facilitar su eventual revisión. Todo lo cual desemboca, frente a lo que había sido la tradición, en una nueva exigencia de motivación.

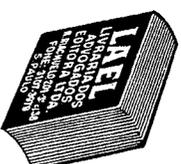
UNIDADE I

Leitura obrigatoria
GASCÓN ABELLÁN
Los hechos en el derecho, p.83-97

MARINA GASCÓN ABELLÁN

LOS HECHOS EN EL DERECHO

Bases argumentales de la prueba



MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID 1999 BARCELONA

de hecho legal se incluyen juicios de valor, la fijación de los hechos valorativamente cualificados se confunde con la propia calificación jurídica.

En resumen, la presencia en el supuesto de hecho legal de hechos psicológicos y conceptos que han de ser integrados con juicios de valor, y la subsiguiente necesidad de constatar si tales datos concurren en el caso concreto, plantea dudas acerca de si la operación judicial de fijación de los hechos puede ser concebida como meramente fáctica o descriptiva o si más bien ha de serlo como una operación valorativa o normativa. Nuestra conclusión ha sido que, por más que ciertas interpretaciones vean en los juicios sobre hechos psicológicos una clase de juicios de valor, esta asimilación debe ser deshecha. Los hechos psicológicos son hechos y no valores; y, por tanto, los enunciados que los describen pueden ser verdaderos o falsos, aun cuando la determinación de su verdad o falsedad pueda resultar, en la práctica, más complicada que cuando de hechos externos se trata. Pero no cabe decir lo mismo de los juicios de valor, pues, salvo que se acepte un objetivismo extremo, éstos se confunden con la calificación jurídica (y, por tanto, normativa o valorativa) de los hechos.

Teniendo en cuenta lo anterior, del paradigma cognoscitivista de fijación de los hechos deriva una exigencia para el Derecho sustantivo: evitar, en la medida posible, la presencia de juicios de valor en el supuesto de hecho de las normas, procurando que las notas que lo configuran tengan un referente empírico claro. Lo cual puede expresarse a través de la siguiente regla epistemológica:

(1) En la formulación legal del supuesto de hecho sólo deben admitirse enunciados fácticos empíricamente contrastables, esto es, enunciados de los que quepa comprobar su verdad (en el sentido de correspondencia con la realidad) mediante contrastación empírica (directa o indirectamente).

Con todo, como esto no siempre es así, hay que admitir que cuando entran en juego juicios de valor el juez ejerce una función valorativa o discrecional importante en la fijación de la premisa menor.¹¹⁵ Por ello, en estos casos —pero también en la fijación de hechos psicológicos, aunque aquí por su especial dificultad de conocimiento— se impone con más fuerza que en otros una esmerada motivación que explicité y justifique las decisiones valorativas adoptadas.

en otro momento el autor —«los hechos descriptivamente determinados, cuya existencia se formula en proposiciones, son objeto de *questiones facti*». Todos los demás hechos son referidos en las *questiones iuris*, «Los hechos en el derecho», cit., pp. 196 y 202.

¹¹⁵ Precisamente por ello, K. LARENZ entiende que en estos casos habría que hablar no de "subsunción" de los hechos concretos en el supuesto de hecho de la norma, sino de "integración valorativa" de los mismos, *Metadología de la ciencia del derecho*, cit., p. 269.

5) LA PRUEBA DE LOS HECHOS. TERMINOLOGÍA SOBRE LA PRUEBA

Hasta aquí hemos hablado de la *prueba* de los hechos como si se tratase de un concepto preciso y unívoco, y la hemos identificado, *grosso modo*, con la fijación de los hechos relevantes para la decisión judicial. Esta forma de hablar, sin embargo, no es del todo exacta, pues el objeto de la prueba no son hechos, sino enunciados sobre hechos.¹¹⁶ Afirmar que un enunciado fáctico está probado, o que constituye una prueba, significa que es verdadero, en el sentido de que los hechos que describe han sucedido; de manera que la expresión "probar un hecho" no es más que una elipsis, una forma de decir probar la hipótesis de que los hechos han sucedido.

El término "prueba" es polisémico, pues se usa para hacer referencia a cuestiones diferentes. Además, dentro de las distintas acepciones del término, se operan, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, algunas distinciones que no siempre son usadas en el mismo sentido, de manera que el resultado final es un enorme "caos terminológico" donde reina la incoherencia.¹¹⁷ En lo que sigue, vamos a analizar algunas de estas distinciones y a proponer la terminología que parece más significativa y adecuada en el marco de un modelo cognoscitivista; es decir, teniendo en cuenta que el principal criterio de verdad es la contrastación empírica.

1.º Primera distinción. Contexto de descubrimiento-contexto de justificación: *medios de prueba, procedimientos probatorios y pruebas* en sentido estricto.

La prueba de los enunciados asertivos puede analizarse en el contexto de descubrimiento o en el contexto de justificación, y en cada

¹¹⁶ Aunque cómo, resulta absolutamente incorrecto hablar de "prueba de un hecho", pues un hecho no se puede probar *a posteriori*, sino que sólo se lo puede *constatar* cuando acontece. Lo que se prueban son enunciados asertivos, es decir, proposiciones. Por eso, lo correcto sería hablar de «prueba de la verdad de la afirmación de un hecho», G. UBERTI, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 91 y 92. En el mismo sentido TARUFFO, *La prova dei fatti...*, cit., pp. 91 ss.

¹¹⁷ Que el término "prueba" es polisémico es un punto de partida en los estudios sobre el tema. Así, J. WRÓBLEWSKI, «La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación», inicialmente en Ch. PERELMAN y P. FORRIERS (eds.), *La preuve en droit*, cit.; ahora en J. WRÓBLEWSKI, "Sentido" y "hecho" en el derecho, cit., p. 173. Sobre la extrema ambigüedad del término "prueba" y, en general, de todos los que conforman el (incoherente) léxico de las pruebas, vid. L. P. COMOGLO, «Lessico delle prove e modello accusatorio», en *Rivista di diritto processuale*, año L, núm. 4 (1995), pp. 1201 ss.

La propia doctrina es consciente del enorme problema que supone este "caos terminológico": «se viene hablando de elementos, fuentes, medios, materia, tema, resultado, argumentos, razones, fundamentos, etc., y cada autor da a cada una de esas palabras un sentido diverso, de modo que al final es imposible entenderse, pues parecería como si se estuviera hablando en idiomas diferentes», J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1996, p. 83.

caso el término "prueba" se usa en un sentido diferente. En el primero (contexto de descubrimiento), la prueba hace referencia al *iter* que conduce a la *formulación de enunciados asertivos* como verdaderos (o al proceso de verificación de enunciados asertivos previamente formulados); por tanto, al descubrimiento o conocimiento de los hechos que hacen verdaderos a esos enunciados¹¹⁸. Probar un enunciado sobre hechos significa aquí *conocer* los hechos que lo hacen verdadero. En el segundo (contexto de justificación), la prueba hace referencia a la *justificación de esos enunciados*; es decir, a las razones que permiten mantener que esos enunciados son verdaderos: probar un enunciado sobre hechos significa aquí justificarlo. En suma, el término "prueba" se usa tanto en el sentido de que se conocen o descubren los hechos (o se *formulan o verifican los enunciados* que los describen) cuanto en el sentido de que se *justifican los enunciados* sobre hechos.

Ahora bien, en el vocabulario jurídico-procesal, el término "prueba" es doblemente polisémico, pues, además de la ambigüedad referida a sus distintos contextos de uso (descubrimiento y justificación), éste puede aludir aún a distintos aspectos del fenómeno probatorio: en concreto, a los medios de prueba, al procedimiento probatorio o a los resultados del mismo¹¹⁹.

a) "Prueba" como *medios de prueba*. Esta acepción del término denota todo aquello que permite conocer los hechos relevantes de la causa; es decir, lo que *permite formular o verificar enunciados asertivos que sirven para reconstruir esos hechos*¹²⁰. Los medios de prueba

¹¹⁸ Y ello tanto si esos enunciados desempeñan la función de *controlar* (según el modelo de *trial and error*) las hipótesis ya formuladas sobre los hechos relevantes para la decisión, como si desempeñan la función (neurística) de *construir* hipótesis nuevas y distintas sobre esos hechos. M. TARUFFO hace esta distinción y señala que «es la combinación dinámica del control y del descubrimiento... lo que constituye la estructura fundamental del procedimiento que concluye con la formulación de la decisión». *La prova del fatto giuridico*, cit., p. 418.

¹¹⁹ Aunque no siempre se usan los términos con precisión, la distinción entre *actividad* que se realiza, *resultado* de dicha actividad y *medio* a través del cual se consigue ese resultado goza de un amplio consenso. *Vid.*, por ejemplo, para la doctrina española, J. ALMAGRO y otros, *Derecho procesal*, t. I (vol. I), *Parte General, Proceso Civil* (1), cit., p. 373; para la doctrina italiana, M. TARUFFO, *La prova del fatto giuridico*, cit., pp. 421 ss.; para la doctrina alemana, L. ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. A. Romero Vera, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, t. II, p. 200.

¹²⁰ Las definiciones de los medios de prueba suelen ser del mismo tenor que la del texto: medios de prueba «son todos los elementos que pueden servir para producir el convencimiento judicial». A. ROMERO COLOMA, *Estudios de la prueba procesal*, Madrid, Colex, 1986, p. 39; o «los instrumentos que permiten al juez la apreciación del objeto de la prueba». V. CORTÉS, en J. ALMAGRO y otros, *Derecho procesal*, t. I (vol. I), *Parte General, Proceso Civil*, cit., p. 376; o «lo que sirve, o puede servir, para confirmar o refutar una aserción relativa a un hecho de la causa». M. TARUFFO, *op. cit.*, en nota anterior, p. 421.

Ello no obstante, a veces se distingue también entre las *fuentes* de prueba y los *medios* de prueba. «La distinción arranca de la constatación de que en el proceso se realiza una actividad de verificación, y de que para que ésta sea posible tiene que existir algo (la fuente de prueba) con lo que verificar... El medio de prueba es así esencialmente actividad, actuación procesal

desempeñan así una *función cognoscitiva* de los hechos que se pretenden probar. Constituyen pruebas, en este sentido, la declaración de los testigos, la aportación de documentos, los informes periciales, el reconocimiento judicial, etc.

b) "Prueba" como *resultado probatorio*. Es el resultado que se obtiene a partir de los medios de prueba: el *conocimiento ya obtenido del hecho controvertido o el enunciado fáctico verificado* que lo describe.

Las pruebas, en este segundo sentido, desempeñan una *función justificatoria*, pues son elementos para elegir racionalmente entre las diversas aserciones formuladas en el proceso, confirmándolas o refutándolas¹²¹. Así, son pruebas los enunciados "había un arma en el domicilio del acusado", "A amenazó a B en repetidas ocasiones", "A preparó un plan para matar a B", "C pagó una cantidad X de dinero a D", "E conocía el estado financiero de su empresa", etc.

c) "Prueba" como *procedimiento probatorio* que conecta los dos sentidos anteriores del término: los medios de prueba y la aserción (verificada) sobre el hecho¹²². El término "prueba" en la acepción que comentamos es el procedimiento intelectual (una constatación o una inferencia) mediante el cual, a partir de los medios de prueba, se conocen hechos relevantes para la decisión; es decir, se *formulan o verifican enunciados asertivos sobre esos hechos*.

El *procedimiento probatorio* desempeña una *función cognoscitiva*, por cuanto permite al juez conocer o "descubrir" los hechos, o sea, formular la prueba (en sentido "b"), a partir de los elementos probatorios o de conocimiento introducidos por los medios de prueba.

Con el fin de reducir la ambigüedad, parece útil reservar el término genérico "prueba" para una sola de estas acepciones, utilizando ter-

por la que una fuente se introduce en el proceso». Esta distinción tiene su reflejo en cada una de las pruebas. Así, en la confesión, la fuente es la persona y su conocimiento de los hechos, el medio es su declaración en el proceso; en la prueba documental, la fuente es el documento, el medio es su aportación al proceso; en la prueba testifical, la fuente es el testigo y su conocimiento, el medio es el testimonio; en la prueba pericial, la fuente es la cosa, materia o persona que se somete a la pericia, el medio es la actividad y el informe pericial; en el reconocimiento judicial, la fuente es el lugar, cosa o persona reconocida, el medio es la actividad de reconocimiento. J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 84-86.

¹²¹ En este sentido, G. UBERTI: es el *resultado probatorio* lo que «se utiliza directamente para la verificación de la inicial afirmación probatoria, es decir, del objeto de prueba». *Vid. Fatto e valore...*, cit., pp. 105-106.

¹²² La acepción del término "prueba" a la que ahora hacemos referencia puede ser también significativa desde el punto de vista "jurídico" y no estrictamente epistemológico. Prueba (como procedimiento probatorio) significa entonces la actividad desarrollada en el proceso para adquirir (admitir y asumir) las pruebas (los medios de prueba) y obtener de (y fundar en) ellas la decisión sobre el hecho. Precisamente para poner de relieve esta distinción, se habla a veces de *procedimiento (intelectivo) probatorio* y de *procedimiento (jurídico) probatorio*. *Vid.* G. UBERTI, *Fatto e valore...*, cit., pp. 105 ss. En realidad, es el sentido jurídico y no el epistemológico el que la doctrina procesalista atribuye al término "prueba" en su acepción de "procedimiento probatorio".

minología distinta para hacer referencia a las demás. No se pretende estipular gratuitamente el significado de las expresiones; por ello hablabamos de *medios de prueba* para referirnos a la primera acepción, de *procedimientos probatorios* para referirnos a la tercera y de *prueba* para referirnos a la segunda, es decir, para aludir al resultado, la demostración ya obtenida (o el enunciado asertivo verificado) de hechos contrvertidos e inciertos¹²³; y ello porque, así usado, el término "prueba" pone de manifiesto —mejor que las otras acepciones— la función específica del proceso probatorio, que no es otra que la acreditación (de la verdad) de un (enunciado sobre un) hecho relevante para la decisión.

2.º Segunda distinción. Tipos de procedimientos probatorios: *prueba directa*, *prueba indirecta* y *prueba deductiva*.

A su vez, el léxico sobre la prueba referido a (o conectado con) los procedimientos probatorios resulta también confuso y a menudo incoherente, pues las expresiones "prueba directa", "prueba indirecta", "prueba indiciaria", "prueba presuntiva", "prueba circunstancial", etc., no siempre se usan en el mismo sentido. Quizá la distinción más consagrada en la literatura procesal y en la jurisprudencia sea la existente entre "prueba directa" y "prueba indirecta" (o "indiciaria" o "circunstancial" en el ámbito penal). No obstante, el criterio usado para distinguir entre una y otra no es uniforme, de manera que con estas expresiones se puede estar haciendo referencia a cuestiones distintas. Pueden detectarse al menos tres criterios en los que se funda esta distinción.

a) La distinción entre prueba directa e indirecta se funda a veces en el *carácter mediato o inmediato* del conocimiento de los hechos que se prueban (o de la verificación de los enunciados sobre esos hechos). Si se quiere, se funda en la divergencia o coincidencia entre el hecho que resulta probado y el hecho percibido por el juez. *Prueba directa* es entonces el procedimiento probatorio consistente en la contrastación empírica directa del hecho que se prueba; es decir, en la observación inmediata del hecho al que ese enunciado se refiere. *Prueba indirecta* es el procedimiento probatorio que permite llegar al hecho que se prueba a partir de otro u otros, mediante un proceso inferencial¹²⁴. Obsérvese cómo, según esta clasificación, todas las pruebas

¹²³ También L. P. CONOGLIO entiende por prueba, en sentido estricto, el resultado de la adquisición o la asunción y la valoración de los particulares medios de prueba usados, «Lessico delle prove e modello accusatorio», cit. Y análogamente J. WROBLEWSKI, «La prueba jurídica: Axiología, lógica y argumentación», cit., p. 173.

¹²⁴ Sostiene esta distinción, por ejemplo, N. MACCORNUK, que llama prueba directa a la que se efectúa mediante observación inmediata y a *comparata*, prueba indirecta a la inferencial, *vid.* «La congruenza nella giustificazione giuridica», cit., p. 125. También P. FERRUA, que entiende por prueba directa la observacional, y por prueba indiciaria (o indirecta) la que permite llegar a un hecho a partir de otro, «Contraddittorio e verità nel processo penale», en *Le ragioni del garantismo...*, cit., p. 216, aunque en el trabajo se atiene a la noción más restrictiva de prueba indiciaria o indirecta como opuesta a la de prueba histórica. Y, separándose desde luego del

sobre hechos pasados son indirectas (o indiciarias)¹²⁵, salvo el supuesto —raro, por lo demás— de que el propio juzgador haya observado en el pasado el hecho que ahora se juzga.

b) La distinción se funda otras veces en la *diferente estructura lógica* de la inferencia en que consiste el procedimiento probatorio. Se habla de *prueba directa*, o de prueba, sin más, cuando en la inferencia se utilizan leyes lógicas y científicas (no probabilísticas), que conducen a resultados necesarios. Se habla de *prueba indirecta* (o de prueba indiciaria) cuando en la inferencia se usan simples máximas de experiencia (o en todo caso leyes probabilísticas) que conducen a resultados sólo posibles¹²⁶. Es decir, la distinción entre prueba directa e indirecta dependería de que el resultado que se obtenga sea necesario o sólo probable.

c) La que podríamos llamar *concepción canónica* de esta distinción, por ser la normalmente usada por la doctrina y sobre todo por la jurisprudencia, entiende por ambos tipos de prueba lo siguiente. La *prueba directa*, que se identifica con la *histórica*, es aquella, 1.º en la que el hecho que se quiere probar surge directa y espontáneamente, sin mediación alguna ni necesidad de raciocinio, del medio o fuente de prueba, y 2.º es capaz, por sí sola, de fundar la convicción judicial sobre ese hecho, pues —hay que suponer, aunque no siempre se diga—

significado clásico de la distinción en la doctrina y jurisprudencia españolas, la sostiene también V. COERTS: «hablamos de prueba directa cuando el conocimiento o la relación que existe entre el objeto de la prueba y el juez, destinatario de la prueba, es directa y sin intermediario. Hablamos de prueba indirecta, consiguientemente, cuando el juez tiene conocimiento o relación con el objeto de la prueba a través de hechos, de cosas o de personas... [Por ello] sólo la llamada inspección personal del juez o reconocimiento judicial puede ser considerado prueba directa», en J. ALMAGRO y otros, *Derecho Procesal*, t. 1, *Parte General, Proceso Civil* (1), cit., p. 375. Y también parece ser ésta la distinción que se esconde tras las palabras de P. ANDRÉS IBAÑEZ cuando habla de la «mal llamada prueba "directa"» (refiriéndose a lo que la doctrina y jurisprudencia española califican de tal, por ejemplo la testifical sobre los hechos de la causa), pues «no hay prueba que no sea indiciaria», «De nuevo sobre motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza», en *Jueces para la democracia*, núm. 22, 1994, p. 91.

¹²⁵ También, por tanto, las habitualmente llamadas pruebas directas o históricas. En efecto, «también las llamadas pruebas históricas (testimonios y documentos) —que comúnmente se contraponen a las pruebas crítico-indiciarias... entrarían en esta clase (pruebas indirectas o indiciarias) al menos en lo que hace referencia al paso del hecho de la declaración a la realidad del hecho declarado... sólo tras un complejo juego de inferencias e intuiciones —sobre la personalidad del testigo, la calidad de sus percepciones, etc.—, decide el juez si prestar o no crédito a lo que ha declarado», P. FERRUA, *op. cit.* en nota anterior, pp. 216-217. C. FURNO insiste también en que la prueba indirecta comprendería no sólo la denominada prueba crítica, sino también la denominada prueba histórica. Señala, además, que restringir el nombre de prueba histórica a esta última resulta un tanto absurdo, pues toda la prueba indirecta (también, por tanto, la crítica o indiciaria) es histórica. *Teoría de la prueba legal*, cit., p. 16, notas 10 y 11.

¹²⁶ A mi juicio, aunque distinguiendo entre "prueba" e "indicio" como resultados de distintos procedimientos probatorios inferenciales, dan relevancia epistemológica a esta distinción G. UBER-TIS, «La ricerca della verità giuridica», cit., p. 27, nota 95 y *Fatto e valore...*, cit., pp. 110 ss.; L. GIANFRANCESCO, «Certeza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni in tema di MacCormick», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 18, 2, 1968, pp. 476 ss.; y G. BELLAVISTA, «Indizia», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXI, Milano, Giuffrè, 1971, p. 228.

la prueba versa directamente sobre el mismo. Por asimilarse la prueba directa a la histórica, los casos típicos de prueba directa son la testifical y la documental. La *prueba indirecta* o *crítica* o *circunstancial* o *indiciaria*¹²⁷ es aquella, 1.º en la que el hecho que se quiere probar no surge directamente del medio o fuente de prueba, sino que se precisa además del razonamiento, y 2.º es incapaz por sí sola de fundar la convicción judicial sobre ese hecho¹²⁸.

Como puede observarse, esta distinción no se asienta en ningún criterio claro y expresa más bien una cierta confusión entre procedimientos probatorios, medios de prueba y pruebas en sentido estricto.

Por un lado, en la medida en que se asimila la prueba directa a la prueba histórica, podría pensarse que la distinción va referida a los *medios de prueba* (históricos y no-históricos), y en concreto a la circunstancia de que éstos, por exponer o no directamente el hecho que se pretende probar, sean o no capaces de fundar por sí solos la convicción judicial sobre este último. Pero entonces la asimilación entre pruebas directas y pruebas históricas (testificales y documentales, fundamentalmente) es incorrecta, pues no todas las pruebas históricas exponen directamente el hecho que se quiere probar: la prueba testifical (o la documental) será directa sólo si versa sobre el hecho que

¹²⁷ Y hay quien, para referirse a esta prueba, habla incluso de «razonamiento por analogía o inferencia analógica»; por ejemplo, A. DELLERIANE, *Nueva teoría de la prueba*, Bogotá, Temis, 9.ª ed., 1983, pp. 59-60. Considera también que las pruebas indirectas o circunstanciales se fundan en la analogía, J. BERTHIAU, *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., vol. I, pp. 292 ss.

¹²⁸ Las definiciones son a veces confusas y en todo caso no siempre uniformes, pero, en general, creo que se reconducen a las que acabamos de ofrecer. Así, se afirma que las pruebas históricas o directas son aquellas en las que «la fuente de prueba, el testigo, el documento, el vestigio, etc., exponen un hecho histórico que conocen o expresan. En la indiciaria el indicio el vestigio, etc., exponen un hecho histórico que conocen o expresan. Por lo tanto, el indicio no lo expresa, sino que es indicativo del mismo hecho, en el sentido de que lo sugiere. Por ello necesita de un raciocinio». Precisamente «por la intervención de un raciocinio, es una prueba crítica en cuanto no se obtiene directamente, sino a través de la lógica que posibilita la inferencia», A. MARTÍNEZ ARRERA, «La prueba indiciaria», en AA.VV., *La prueba en el proceso penal*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 55-56.

Y de este mismo sentido son las definiciones jurisprudenciales. Recogemos, por todas, la siguiente de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo: «Prueba directa es aquella que de forma inmediata ofrece un contenido probatorio concreto en tanto surge de él, espontáneamente, la posibilidad de su valoración. Es, en fin, la prueba que aclara la investigación, permitiendo la convicción judicial sin necesidad de deducciones ni inferencias. Así, la confesión del acusado o la declaración, en muchos casos, del testigo. Más frente a esta prueba también existe la *indiciaria* o *indirecta* cuando por medio de dos o más indicios acreditados... se llega *lógica y racionalmente*, no de manera arbitraria, y por las vías de la experiencia... al hecho consecuencia... que se quiere acreditar». STS 572/1996, de 16 de septiembre de 1996, Fundamento Sexto.

Pero del mismo tenor es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: son supuestos de *prueba directa* aquellos en los que «la demostración del hecho enjuiciado surge de modo directo e inmediato del medio de prueba utilizado: documentos, testigos, etc... Su valoración no presenta las dificultades propias de la prueba indiciaria, porque la consecuencia o apreciación viene determinada sin necesidad de hacer uso de operaciones mentales complejas, es decir, por ser en cierto modo tarea más sencilla de objetividad. El problema, la dificultad y el peligro surgen con la *prueba indirecta*... Hace entrada en ella la subjetividad del juez, en cuanto, mentalmente, ha de realizar el engrace entre el hecho base y el hecho consecuencia» (STC 169/1986, FJ 1.º y 2.º).

se pretende probar, e indirecta o indiciaria si versa sobre un hecho circunstancial. Por ejemplo, si el hecho que se quiere probar es si B mató a A de un disparo, la declaración del testigo T_a: «Vi a B disparar a A y a éste caer muerto» constituye una prueba directa; pero la declaración del testigo T_b: «Oí un disparo en la casa de A y minutos después vi salir a B de allí» constituye tan sólo una prueba indirecta o indiciaria.

Por otro lado, podría pensarse que la distinción va referida al *procedimiento probatorio*, y en concreto a la circunstancia de que en éste intervienga o no el razonamiento del juzgador. Ciertamente, con la distinción prueba directa-prueba indirecta parece querer indicarse a veces (si bien muy confusamente) una diferente estructura del procedimiento probatorio, según que verse o no sobre el hecho que se pretende probar. La prueba directa haría referencia a un procedimiento probatorio que, por versar directamente sobre el hecho que se quiere probar, lo probaría «espontáneamente», «sin necesidad de raciocinio». La prueba indirecta o indiciaria, en cambio, haría referencia a un procedimiento probatorio que, por no versar directamente sobre el hecho que se pretende probar, sino sólo sobre un hecho circunstancial, para acreditar aquél necesitaría del razonamiento, de la inferencia. Además, y conectado con lo anterior, parece que la diferente estructura de la prueba —espontaneidad en un caso, necesidad de razonar en otro— conlleva también una diferente calidad epistemológica (y, por tanto, un diferente valor probatorio) de sus resultados: mayor en el primer caso, «por ser en cierto modo tarea más sencilla de objetividad y, por tanto, de imparcialidad»; menor en el segundo, porque «hace entrada en ella la subjetividad del juez en cuanto, mentalmente, ha de realizar el engrace entre el hecho base y el hecho consecuencia»¹²⁹. Esta distinción, sin embargo, también parece equivocada y se funda en una práctica percepción de la estructura de los procedimientos probatorios, principalmente de los que consisten en el uso de medios de prueba «históricos».

En efecto, desde el punto de vista de la estructura del procedimiento probatorio, no hay diferencias sustanciales entre las llamadas pruebas directas y las indirectas, en la terminología que comentamos. La declaración del testigo T_a: «Vi a B disparar a A y a éste caer muerto», ejemplo de prueba directa, no prueba por sí sola (directa y espontáneamente, sin necesidad de raciocinio) el hecho que se pretende probar (que B mató a A); lo único que esta declaración prueba *por sí sola* es que «el testigo T_a dice que vio a B disparar a A y a éste caer muerto». La declaración de T_a probará que «B mató a A» sólo

¹²⁹ STC 169/1986, FJ 1.º y 2.º.

También claramente en J. BERTHIAU: «considerada en abstracto, no se podría negar que la prueba circunstancial sea inferior a la directa». La razón: «la prueba directa no requiere ninguna inducción; la circunstancial no puede existir más que por inducciones y no hay apenas una inducción que no esté sujeta a errores». *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., vol. I, p. 370.

si T_a dice la verdad (es decir, si no miente, ni sufrió un error de percepción, ni ahora sufre errores de memoria); pero este dato (que T_a dice la verdad) es el resultado de una inferencia del mismo tipo que la que define la prueba indirecta.¹³⁰ Desde el punto de vista de la estructura de los procedimientos probatorios no hay, por tanto, ninguna distinción esencial entre prueba directa e indirecta, pues en ambos casos están presentes inferencias de la misma clase y, en consecuencia, tan “teñida de subjetividad” puede estar la primera como la segunda. La idea de que la prueba directa es la que menos puede conducir a error judicial hay que “ponerla en cuarentena”¹³¹.

En realidad, la distinción “canónica” entre prueba directa y prueba indirecta sólo cobra pleno sentido referida a la *prueba en sentido estricto*, y no a los procedimientos probatorios ni al uso de determinados medios de prueba. En efecto, lo que la distinción puede indicar es que una prueba en sentido estricto (una aserción verificada) es “directa” si versa directamente sobre el hecho principal que se pretende probar y del que depende la decisión judicial e “indirecta” en caso contrario, sin otras consideraciones.¹³² Así, si el hecho principal que se pretende

¹³⁰ El propio BENTHAM, que se resiste a asimilar la prueba testifical (directa) con la indirecta, porque en esta última está presente la inducción y en la primera no o muy débilmente (véase nota anterior), tiene que convenir, no obstante, en que la fidelidad del testimonio depende del estado de las facultades intelectuales del testigo (percepción, juicio, memoria e imaginación), de su entendimiento y de su voluntad. En suma, tiene que convenir en que «estrictamente hablando, en el caso de la prueba directa hay también una inducción, pero ella es siempre de la misma naturaleza: del relato de los hechos presentados por el testigo, se infiere que los hechos son ciertos», *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., vol. I, pp. 48 y 371.

Una matización análoga se encuentra también en M. FENECH, quien, tras afirmar que «cuando el juzgador oye a un testigo que narra un hecho que presenció... consigue una representación histórica del hecho tema de la prueba, sin que para ello deba razonar ni obtener un juicio inductiva o deductivamente», añade que «esto no excluye que con posterioridad deba razonar sobre la credibilidad del testigo», *Derecho Procesal Penal*, I, Barcelona, Labor, 2.ª ed., 1952, p. 708.

De todas formas, hay una tendencia en la doctrina y en la jurisprudencia a olvidar por completo estas matizaciones.

¹³¹ Así piensa E. RUIZ VADILLO, *El derecho penal sustantivo y el proceso penal*, Madrid, Colex, 1997, p. 144. Es más, a juicio de algunos, la prueba de testigos, paradigma de la prueba directa, fuera de los principios de oralidad, inmediación y concentración, es el «instrumento más incierto e inseguro de averiguación de la verdad judicial». M. TARUFFO, «Prova testimoniale (diritto processuale civile)», *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, p. 755.

¹³² Este es, por ejemplo, el sentido central de la distinción entre prueba directa e indirecta o circunstancial en el *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., vol. I, de J. BENTHAM: «El testimonio puede referirse inmediatamente al hecho principal: Pablo ha visto a Juan cometer el delito en cuestión, y entonces la prueba es directa. El testimonio puede referirse a algún hecho que no sea el delito mismo, pero que se encuentre tan ligado a él, que establecida la existencia del primero, resulte una presunción más o menos fuerte de la existencia del segundo» (pp. 30-31). Por tanto, la prueba directa es «la consistente en la declaración de un testigo que, con relación al hecho principal, afirma pura y simplemente lo que ha llegado a su conocimiento por medio de sus propios sentidos... La prueba circunstancial es la que se deduce de la existencia de un hecho o de un grupo de hechos que, aplicándose inmediatamente al hecho principal, llevan a la conclusión de que ese hecho ha existido» (pp. 291-292).

probar es si B mató a A, lo declarado por el testigo T_a : “vi a B disparar a A y a éste caer muerto” constituiría (una vez verificado) una prueba directa del enunciado “B mató a A”. Mientras que lo declarado por el testigo T_b : “Oí un disparo en la casa de A y minutos después vi salir a B de allí” sería (una vez verificado) sólo una prueba indirecta o circunstancial o indicaría del mismo; como también sería indirecta la prueba biológica que estableciera que “había sangre de B en la camisa de A”. Por tomar otro ejemplo, imaginemos que a un sujeto B se le aprehende una pequeña cantidad de droga y se sospecha que su destino sea el comercio y no el consumo propio. Si el hecho que se pretende probar es si B comercia con droga, lo declarado por el testigo T_a : “vi a B vender droga en repetidas ocasiones en el lugar X” constituiría (una vez verificado) una prueba directa del enunciado “B comercia con droga”. Mientras que lo declarado por el testigo T_b (por ejemplo, la policía): “B llevaba en el coche una balanza de precisión” y “en su casa se encontró una importante cantidad de dinero y una cierta cantidad de droga” serían (una vez verificados) sólo pruebas indirectas o indicaría de que “B comercia con droga”. Insistimos en que la distinción, así interpretada, no señala una diferencia entre los procedimientos probatorios en función de su estructura, sino una diferencia entre las pruebas (en sentido estricto) en función de que versen o no directamente sobre el hecho principal del que depende la decisión. Otra cosa es si puede afirmarse —como sucede con frecuencia— que el valor probatorio de la prueba directa es muy grande y el de la indirecta siempre pequeño o en todo caso inferior a aquél, al punto de sostener que una prueba directa, por sí sola, es apta para fundar la decisión del juez sobre el hecho principal que se pretende probar, mientras que una prueba indirecta, por sí sola, no es apta para fundar esa decisión, sino que opera como un elemento más que permite al juez inferir una hipótesis sobre aquel hecho.¹³³ Podría decirse a este respecto, que, ciertamente, el valor probatorio de la prueba directa

Este es también el criterio de distinción que propone M. TARUFFO, y que se basa —como expone con claridad el autor— en la relación entre el *hecho a probar*, o mejor, el enunciado sobre el hecho jurídicamente relevante del que depende directamente la decisión, y el *objeto de la prueba*, o mejor, la aserción fáctica sobre la que versa la prueba. «Habrá prueba directa cuando los dos enunciados tengan por objeto el mismo hecho, o sea, cuando la prueba verse sobre el hecho principal». Habrá prueba indirecta cuando el objeto de la prueba «sea un hecho distinto del que debe probarse»; la prueba se define como “indirecta” porque «opera como premisa de una inferencia que tiene como resultado el enunciado sobre el hecho a probar», *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 429.

La distinción entre prueba directa e indirecta según que coincidan o no *thema probandi* y *thema probatum* está también presente en M. FENECH, *Derecho Procesal Penal*, I, cit., pp. 706-707; en L. ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. II, cit., p. 202; o en E. GÓMEZ ORRANTEA, *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 289-290.

¹³³ Por ejemplo, afirma BENTHAM que «con respecto a la existencia de un hecho principal, basta una prueba directa, cuando no existe objeción sobre la credibilidad del testigo, para que el hecho se considere como probado... Si la existencia del hecho principal únicamente está apoyada en pruebas circunstanciales, me parece que se encontrarían pocos casos en Inglaterra donde

(una aserción verificada sobre el hecho que se pretende probar) es tendencialmente mayor que el de la indirecta (una aserción verificada sobre un hecho circunstancial), porque con la prueba directa no se requiere ninguna inferencia más para probar el hecho principal, mientras que probar el hecho principal con una prueba indirecta exige siempre inferencias suplementarias. Pero sólo "tendencialmente", pues el valor probatorio de una prueba (sea ésta directa o indirecta) no depende sólo de este dato, sino también —como es evidente— de su calidad epistemológica, es decir, de su grado de certeza.

d) Finalmente, la distinción entre procedimientos probatorios que, a nuestro juicio, tiene relevancia epistemológica, y que por ello proponemos, se basa en un criterio equivalente al de la primera (a), pero integra también el criterio de la segunda (b). En otras palabras, el elemento clave es la posibilidad o no de contrastación empírica observacional, pero —allí donde esto no es posible— se tiene en cuenta el carácter seguro o meramente probablistico de la inferencia.

El criterio en el que se asienta la distinción es, pues, la diferente estructura de los procedimientos probatorios, en cuanto procedimientos de verificación de los enunciados fácticos. Teniendo en cuenta que en un modelo cognoscitivista el principal criterio de verificación es la *contrastación empírica*, podemos distinguir básicamente dos tipos de procedimientos probatorios, según que la contrastación empírica se realice mediante *observación* de los hechos a los que hacen referencia los enunciados que se verifican o mediante *inferencias* a partir de otros enunciados fácticos verificados. Como la observación de los hechos es el único criterio de verificación directa de los enunciados sobre esos hechos, reservaremos la expresión *prueba directa* para este caso y asignaremos la expresión *prueba inferencial* al segundo¹³⁴. A su vez, los procedimientos probatorios inferenciales pueden ser de dos tipos, según que la inferencia sea deductiva o inductiva. Usaremos la expresión *prueba indirecta o inductiva* para designar los procedimientos probatorios de naturaleza inductiva, mientras que hablaremos de *prueba deductiva* para designar los procedimientos probatorios basados en una inferencia de tipo deductivo. En suma, desde el punto de vista de la estructura del procedimiento probatorio, distinguiremos entre:

una sola prueba de esa naturaleza haya parecido suficiente para considerar *probado* el hecho,

Tratado de las pruebas judiciales, cit., vol. I, p. 294.

¹³⁴ Con todo, hay quien sostiene que también en la prueba observacional o perceptual, o sea, en la que se efectúa mediante observación directa del hecho que se acredita y a la que nosotros denominamos prueba directa, está presente un razonamiento, aunque no se exprese: «incluso en el tiempo infinitesimamente pequeño de la percepción se consuman pasos silogísticos, sobre los que se funda la fe en los mensajes captados por los sentidos», F. CORNEJO, *The snail's shell prova*, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 6-7. En el mismo sentido, C. A. VARELA, «La operación lógica resulta indispensable en toda apreciación de la prueba, ya sea ésta directa o indirecta, pues aun en el caso de que el juez perciba determinados hechos con sus sentidos de forma directa, siempre existe una actividad razonadora por elemental que parezca», *Valoración de la prueba*, Buenos Aires, Astrea, 1990, pp. 39 y 42.

1) *Prueba directa*: procedimiento de conocimiento de hechos (o de verificación de enunciados fácticos) basado en la observación del propio sujeto juzgador.

2) *Prueba deductiva*: procedimiento de conocimiento de hechos (o de verificación de enunciados) basado en una inferencia deductiva a partir de otras aserciones verificadas.

3) *Prueba indirecta o inductiva*: procedimiento de conocimiento de hechos (o de verificación de enunciados) basado en inferencias de carácter inductivo a partir de otras aserciones verificadas.

La distinción, basada en la estructura lógica de la verificación, tiene también relevancia epistemológica, pues cada uno de estos tres procedimientos arroja, aunque sólo sea *en principio*, una diferente calidad de certeza: certeza absoluta, en la prueba directa y en la prueba deductiva; simple probabilidad, en la prueba indirecta o inductiva. En efecto, aunque las cuestiones lógicas deben ser nitidamente separadas de las cuestiones epistemológicas, es evidente que la calidad epistemológica de las pruebas en sentido estricto (o sea, de los enunciados fácticos verificados) viene en gran parte condicionada por los procedimientos probatorios (o sea, los procedimientos de verificación de los mismos). Que al resultado del procedimiento de prueba directa deba atribuírsele una calidad epistemológica absoluta es algo fuera de discusión; salvo, por supuesto, que se mantengan posiciones de un relativismo epistemológico extremo, en cuyo caso se habrá de estar también dispuesto a asumir las consecuencias irracionales que de ello se derivan. Que se atribuya una calidad epistemológica absoluta al resultado de las pruebas deductivas obedece a que un razonamiento deductivo válido es aquel en que, a partir de premisas verdaderas, se concluyen resultados necesariamente verdaderos. Que el resultado de la prueba indirecta deba ser considerado (sólo) probable tampoco puede suscitar polémica, pues, por grande que sea la calidad epistemológica de las premisas de que se parte, el resultado de una inducción ha de medirse siempre en términos de probabilidad; esta cuestión será objeto de desarrollo detenido en el epígrafe siguiente.

Ahora bien, conviene insistir en que sólo puede atribuírse esta diferente calidad epistemológica a los resultados de los distintos procedimientos probatorios *en principio*, pues la calidad epistemológica de una prueba (un enunciado verificado) no depende sólo del procedimiento probatorio por el que se haya obtenido, sino también de la *calidad de la observación* (si se ha obtenido mediante procedimiento de prueba directa) y de la *calidad epistemológica de las premisas* que se hayan usado para inferirla (si se ha obtenido mediante prueba inferencial). Por eso, la afirmación de que la prueba directa y la deductiva producen certeza absoluta ha de ser tomada siempre condicionalmente: es decir, "a condición de" que no haya habido errores de percepción,

en el primer caso, y que las premisas de la inferencia deductiva puedan suponerse verdaderas, en el segundo.

3.º Tercera distinción. Tipos de pruebas en sentido estricto: a) *constataciones*, *conclusiones* e *hipótesis*; b) *pruebas* y *enunciados probatorios*; c) *pruebas plenas* y *pruebas no plenas*.

a) Dentro de las pruebas en sentido estricto, es decir, de los enunciados asertivos verificados, cabe hacer una primera distinción, dependiendo del tipo de procedimiento probatorio que haya conducido a ellas. Si la distinción tiene interés epistemológico es precisamente por la diferente calidad de certeza que —como se acaba de decir— arrojan “en principio” los distintos procedimientos probatorios. Diferenciamos así entre:

— *constataciones* o enunciados de observación¹³⁵: son el resultado de un procedimiento de prueba directa¹³⁶. Si pudiera sostenerse que no ha habido errores de percepción, su calidad epistemológica puede considerarse absoluta, por ser el resultado de la observación del juzgador.

— *conclusiones*: son las pruebas obtenidas mediante prueba deductiva a partir de otras pruebas (enunciados probatorios)¹³⁷. Su calidad epistemológica está siempre y necesariamente condicionada a la verdad de las premisas. No obstante, si pudiera sostenerse que las premisas son verdaderas, su calidad epistemológica podría considerarse absoluta, por ser el resultado de una deducción.

— *hipótesis*: son las pruebas obtenidas mediante prueba indirecta o indicaría a partir de otras pruebas (enunciados probatorios)¹³⁸. Su calidad epistemológica es siempre y necesariamente relativa, pues es el resultado de una inferencia inductiva cuyos resultados sólo pueden ser juzgados probables.

b) Dentro aún de las pruebas en sentido estricto cabe hacer otra distinción, dependiendo de que se considere la prueba como el resultado de un procedimiento probatorio o como un enunciado fáctico verificado que es usado como *premisa* en el curso de un procedimiento probatorio. Diferenciamos así entre:

¹³⁵ Las “constataciones” son los enunciados sintéticos que no son hipótesis ni conclusiones. M. SCHAUCK, «Sobre el fundamento del conocimiento», en *El positivismo lógico*, A. J. AYER (comp.), cit., p. 232. Se trata, en realidad, de lo que el positivismo lógico ha denominado «proposiciones protocolares» (Neurkati) o «proposiciones elementales» (Carwarp), o «proposiciones atómicas» (Wittgenstein) o «proposiciones básicas» (Ayer).

¹³⁶ En el mismo sentido, P. FERRUA habla también de “constataciones” o “verificaciones directas”.

¹³⁷ Las llamamos conclusiones porque una *conclusión* es el enunciado que se sigue, a través de *argumentos deductivos*, de otros enunciados llamados *premisas*, *vid.*, por todos, M. GARRIDO, *Lógica simbólica*, Madrid, Tecnos, 1978, p. 17; y I. M. COM, *Introducción a la lógica* (1972), trad. de N. Miguez, Buenos Aires, Eudeba, 1982, p. 7.

¹³⁸ Sobre la razón de denominar *hipótesis* a estas pruebas, *vid.*, más adelante, nota 164.

— *prueba*, a secas: es el enunciado fáctico resultante de un procedimiento probatorio.

— *enunciado probatorio*: es el enunciado fáctico verificado que es usado, en el curso de un procedimiento probatorio, como premisa para la prueba de otros enunciados fácticos¹³⁹; cuando el procedimiento probatorio en cuestión es el de prueba indirecta o indicaría, el enunciado probatorio suele ser llamado *indicio*. Los enunciados probatorios constituyen, por tanto, razones para la prueba de otros enunciados y por ello se denominan a veces “elementos de prueba”.

Nótese que la distinción entre prueba y enunciado probatorio es “relativa”: cualquier prueba (constatación, conclusión o hipótesis) puede ser después usada como enunciado probatorio en un procedimiento probatorio deductivo o inductivo.

c) Finalmente, dentro de la categoría de las pruebas, es posible establecer aún otra distinción, en función de que tengan *valor probatorio suficiente* para fundar la decisión judicial sobre el hecho que se pretende probar o, por el contrario, operen sólo como *un elemento probatorio más* en un procedimiento inferencial inductivo o de prueba indirecta. Diferenciamos así entre pruebas plenas y pruebas no plenas¹⁴⁰.

— *prueba plena*: es la prueba (sea constatación, conclusión o hipótesis) que tiene valor probatorio suficiente para fundar *por sí sola* la decisión judicial sobre el hecho que se pretende probar. 1) bien directamente, cuando la prueba verse sobre el hecho que se pretende probar, 2) bien operando como premisa en un procedimiento probatorio inferencial, cuando la prueba verse sobre un hecho distinto.

— *prueba no plena*: es la prueba (sea constatación, conclusión o hipótesis) que no es idónea ni suficiente para fundar *por sí sola* la decisión judicial sobre los hechos que se pretenden probar, sino que opera, conjuntamente con otros enunciados probatorios, como un elemento más que permite al juez inferir una hipótesis sobre esos hechos mediante un procedimiento de prueba indirecta o inductiva; por ello, las pruebas no-plenas sólo pueden coadyuvar a la decisión en calidad de *indicios*.

Debe advertirse que en la doctrina y la jurisprudencia es frecuente hacer referencia a la “prueba plena” con el término “prueba directa”

¹³⁹ La expresión “enunciados probatorios” es usada por J. WRÓBLEWSKI. Para el autor, enunciados probatorios son: «enunciaciones lingüísticas de testigos y de expertos, contenidos de documentos, enunciados de las propias percepciones de un juez y las inferencias lógicas de todos estos enunciados», en «El problema de la así llamada verdad judicial», en “Sentido” y “hecho” en el derecho, cit., p. 210. En igual sentido, D. MENDONÇA habla de “informes probatorios”, en *Interpretación y aplicación del derecho*, Almería, Universidad de Almería, 1997, pp. 78 ss.

¹⁴⁰ En la doctrina y la jurisprudencia, el binomio prueba plena/prueba-no plena se funda también en su “valor probatorio” (*vid.*, por ejemplo, L. ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, II, cit., p. 200; E. GÓMEZ ORAÑETA, *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 288-289; y V. CORTÉS, en J. ALMARGO y otros, *Derecho Procesal*, I, cit., p. 375). Por ello, y con independencia de que las expresiones puedan ser más o menos adecuadas, parece preferible mantenerlas.

y a la "prueba no plena" con los términos "indicio" o "prueba indirecta", de modo que la distinción que se acaba de exponer suele a veces presentarse, si bien muy confusamente, bajo el binomio prueba plena o directa/prueba no plena o indicio o prueba indirecta [vid. *infra*, apartado 2.º, c), párrafo último].

Es evidente que el carácter de prueba plena de una prueba está en función directa de su calidad epistemológica (es decir, del tipo de procedimiento probatorio por el que se ha obtenido y de la calidad epistemológica de las premisas, si ese procedimiento es inferencial); pero depende también del número de pasos inferenciales que la separan del (enunciado sobre el) hecho que se pretende probar. Por ello, aunque, atendiendo sobre todo al primer elemento, pueda asegurarse que sólo las constataciones y las conclusiones (cuando pueda suponerse sin dudas sustanciales la veracidad de sus premisas) podrán ser pruebas plenas, nada impide que las hipótesis puedan serlo también, sobre todo cuando el número de pasos inferenciales que las separan del hecho que se pretende probar sea bajo. Éste sería en realidad el fundamento de esa práctica forense que tiende a atribuir valor de prueba plena a la habitualmente denominada "prueba directa", es decir, a la que versa sobre el hecho que se pretende probar, por ejemplo, la declaración de un testigo sobre ese hecho: entre la prueba directa (en rigor, una hipótesis, por ser el resultado de una inferencia indirecta o inducida), y el hecho objeto de prueba no hay pasos inferenciales.¹⁴¹

Obsérvese, por último, que la distinción entre prueba plena y no plena es "relativa" al hecho que se considere. Por ello, una prueba podría en principio ser considerada plena respecto a un cierto hecho; pero podría ser considerada al mismo tiempo no-plena respecto a hechos distintos.¹⁴² Con todo, desde el punto de vista jurídico y no ya estrictamente epistemológico, resulta más útil hablar de pruebas

¹⁴¹ En efecto, dentro de la distinción que hemos llamado "canónica" entre prueba directa e indirecta, se tiende a considerar que la prueba directa (por ejemplo, la declaración de la víctima del delito) es prueba plena; es decir, «puede constituir válida prueba de cargo en la que basarse la convicción del juez» (SSTC 229/1991, FJ 4.º y 64/1994, FJ 5.º).

Es más, esa misma práctica forense acepta también, si bien no sin cautelas, el carácter de prueba plena de los resultados de la —también en su terminología— prueba indirecta o indiciana, y ello pese a que la identifica —frente a la directa— con el campo de las inferencias y la subjetividad. Se mantiene, en efecto, que, si los indicios no son meras sospechas, sino que están plenamente acreditados y se justifica asimismo el nexo causal entre ellos y el hecho que se pretende probar, no hay obstáculos para considerarlos «como una prueba de cargo suficiente» para desvirtuar la presunción de inocencia (SSTC 169/1986, FJ 2.º), es decir, como una prueba plena. Aunque se insiste: si la prueba indiciana aparece como la única para fundar la condena, «debe ser mirada con precaución» (SSTC 150/1987, FJ 2.º). También la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha destacado de modo constante, a partir de la Sentencia de 14 de octubre de 1986, que la prueba circunstancial o indiciana es apta para fundar una condena penal (por todas, STS 529/1994, fundamento segundo, que recoge una amplísima jurisprudencia sobre el particular).

¹⁴² En el mismo sentido, N. FIRMINO DEI MALATESTA, *La logica delle prove in criminale*, Torino, 1906, pp. 140 ss. (hay trad. cast. en *Logica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá,

plenas sólo por referencia al hecho principal del que depende la decisión judicial; así sucede normalmente en la doctrina y en la práctica forense.

6) LA NATURALEZA DEL CONOCIMIENTO JUDICIAL DE HECHOS

El conocimiento judicial de los hechos nos sitúa de entrada en el llamado "contexto de descubrimiento": el *tier* que, de hecho, ha llevado o debe llevar al juez a conocer (y, por tanto, a formular como verdadero un enunciado sobre) los hechos que se juzgan.¹⁴³

En un modelo cognoscitivista, al que le es propio el concepto de verdad como correspondencia, el principal criterio de verdad de los enunciados fácticos es el criterio empírico, el juicio de experiencia. Hay ocasiones en que la verdad de los enunciados fácticos que constituyen las pruebas puede conocerse mediante la que hemos llamado *prueba directa*; es decir, mediante "observación empírica" de los hechos a que hacen referencia, y la calidad epistemológica de esta prueba, si suponemos que no existen errores en la observación, puede considerarse absoluta. Por ejemplo, el enunciado "ardieron veinte hectáreas de bosque" admite prueba directa mediante una medición de la superficie quemada; aunque sin duda el caso paradigmático de prueba directa es el "reconocimiento judicial" o "inspección ocular".¹⁴⁴ Pero las más de las veces el juez no ha estado presente cuando se produjeron los hechos que se prueban, de modo que su conocimiento

Ternis, 1995), que señalaba cómo cualquier prueba (por ejemplo, un testimonio o un documento) puede tener tanto el contenido de prueba plena (directa, en su terminología) como de indicio.

¹⁴³ «Pertenecen al contexto de descubrimiento cuestiones tales como de qué manera, de hecho, se llega a dar con una hipótesis buena», R. S. RUDNER, *Filosofía de la ciencia social* (1966), trad. de D. Cano, Madrid, Alianza, 1973, p. 22.

¹⁴⁴ De "reconocimiento judicial" habla la LEC (arts. 633-636), de "inspección ocular" la LEC (arts. 332-333 y 727) y de "inspección personal" el CC (arts. 1240-1241); en los tres casos se trata de una misma cosa: el examen directo y personal del juez de los lugares, objetos y personas vinculados a los hechos de la causa.

Son los propios jueces los que mayores elogios han dispensado siempre al "reconocimiento judicial", por considerarlo «el medio de prueba más personal y directo que produce una convicción poderosa y normalmente inexcusable», E. JIMÉNEZ ASENJO, «Inspección ocular», en *Manuel Enciclopedia Jurídica Slex*, XII, Barcelona, 1965, p. 895. La inspección ocular tiene la ventaja de evitar «la constante obligación del juzgador de realizar actos de fe en el proceso para adquirir el conocimiento de los hechos, sustituyendo el juicio de evidencia propio por el ajeno, no siempre susceptible de precisas garantías» (Auto de 21 de junio de 1961, Sala 2.ª de la Audiencia Territorial de Barcelona).

Llama por ello la atención la jurisprudencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, según la cual «la prueba de inspección ocular en el juicio oral tiene necesariamente un carácter excepcional, dado que por sus características choca con los principios de concentración y publicidad... de modo que sólo debe practicarse cuando las partes no dispongan de ninguna otra forma de llevar al conocimiento del Tribunal los hechos relevantes» (STS de 11 de mayo de 1988, Fundamento Primero).