

JORDI NIEVA FENOLL

**LA DUDA
EN EL PROCESO PENAL**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I. EL CONCEPTO DE DUDA	19
1. ACOTACIÓN DEL CONTENIDO DE LA DUDA EN EL PROCESO PENAL.....	20
A) Las dudas de hecho y de Derecho.....	20
a) Dificultades de determinación del Derecho por falta de prueba del hecho.....	21
b) Dificultades de determinación del hecho por la falta de fijación del Derecho.....	24
c) La extensión del <i>dubium</i> a todo el juicio jurisdiccional.....	26
B) Recategorización del <i>dubium</i>	28
a) Elemento probatorio.....	30
b) Elemento económico.....	31
c) Elemento ideológico.....	31
d) Elemento psicológico.....	32
e) Elemento jurídico.....	33
C) <i>Dubium</i> y <i>non liquet</i> en el juicio jurisdiccional penal.....	34
2. TRATAMIENTO IUSPRIVATISTA DEL PROBLEMA DEL <i>DUBIUM</i>	36
A) El reparto del <i>onus probandi</i>	37
B) Eficacia limitada y polémica del sistema del reparto.....	39
3. TRATAMIENTO IUSPUBLICISTA DEL PROBLEMA DEL <i>DUBIUM</i>	41
A) La ilegitimidad de la abstención judicial.....	41
B) La solución del proceso civil: la facilidad probatoria.....	45
C) La solución del proceso penal: la presunción de inocencia.....	49

ÍNDICE

	Pág.
4. INSUFICIENCIA DE SOLUCIONES FRENTE A LA DUDA EN EL PROCESO PENAL.....	51
5. PERSPECTIVA PSICOLÓGICA DE LA DUDA.....	52
A) La toma de decisión del juez: la resolución jurisdiccional.....	53
B) El <i>dubium</i> jurisdiccional como problema a resolver.....	56
 CAPÍTULO II. LA DUDA EN EL JUICIO JURISDICCIONAL PENAL	 61
1. <i>IN DUBIO PRO REO</i> . PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE	62
2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	67
A) ¿Regla de carga de la prueba?.....	68
B) ¿Regla de valoración de la prueba?	70
C) ¿Regla admonitiva del juicio jurisdiccional?.....	72
D) ¿Principio informador del proceso penal?	75
3. PARÁMETROS PARA EVALUAR LA PERSISTENCIA DE LA DUDA	77
A) La duda razonable, la posibilidad preponderante, las medidas de prueba y otros intentos de graduación del <i>dubium</i>	78
B) Parámetros lógico-estadísticos de evaluación de la duda	82
C) Parámetros psicológicos de evaluación de la duda.....	84
 CAPÍTULO III. LOS ATAQUES A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	 89
1. OBLIGACIÓN LEGAL DE SUPONER LA INOCENCIA	89
2. ¿EXCEPCIONES LEGALES A LA OBLIGACIÓN?	92
3. EXCEPCIONES ORGANIZATIVAS A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.	94
A) La actividad policial investigadora	95
B) La actividad investigadora y acusadora del ministerio fiscal.....	99
4. EXCEPCIONES SOCIOLÓGICAS A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA...	101
A) La persistente suposición de culpabilidad en el inconsciente colectivo	102
B) La suposición de culpabilidad en los medios de comunicación	105
5. LA SUPOSICIÓN DE CULPABILIDAD Y LAS VÍCTIMAS.....	106
A) La convicción de culpabilidad en la víctima	107
a) La sensación de impunidad y la falta de confianza en el sistema.	108
b) La promoción de la autodefensa	110
B) Los ataques sociales victimistas a la presunción de inocencia	112
a) Delitos con un impacto sociológico importante	113
1) Delitos de lesa humanidad.....	114

ÍNDICE

	Pág.
2) Delitos de terrorismo	115
3) Delitos de corrupción política	117
4) Delitos de violencia sobre la mujer	119
5) Delitos sexuales sobre menores.....	122
6) Delitos con imputado racialmente diferenciado	123
b) Impacto global de los prejuicios sociales en la mente judicial.....	125
c) Las inaceptables «absoluciones por falta de pruebas».....	127
CAPÍTULO IV. ALTERNATIVAS DE FUTURO AL <i>NON LIQUET</i>	129
1. DOS PASOS PREVIOS INELUDIBLES	129
A) La definitiva implantación del sistema acusatorio en el proceso penal	129
B) El mantenimiento de la presunción de inocencia como principio irrenunciabile del proceso penal.....	131
2. SOLUCIONES ANTE LA INSUFICIENCIA PROBATORIA	132
A) La fase de resolución de dudas por iniciativa judicial.....	133
B) La ampliación de la prueba de oficio.....	136
a) Aclaración conceptual en torno a los principios dispositivo, inquisitivo y de aportación de parte	137
b) Factibilidad de la ampliación de la prueba de oficio en el proceso penal de un Estado democrático	143
c) Factibilidad de la ampliación en un sistema acusatorio.....	146
d) Configuración y delimitación de la prueba de oficio.....	147
C) La detección psicológica y fisiológica de la mentira.....	148
a) Los métodos conductistas y fisiológicos y sus peligros.....	149
b) La valoración del testimonio como método.....	154
D) En especial, el fMRI (functional Magnetic Resonance Imaging).....	157
3. PERSISTENCIA DE LA DUDA: ¿INOCENCIA O CULPABILIDAD?	160
A) Posible cuantificación del <i>dubium</i>	162
B) El futuro de la presunción de inocencia: ¿es preferible, finalmente, absolver a X culpables que condenar a un inocente?	164
BIBLIOGRAFÍA	169

INTRODUCCIÓN

Como han percibido muy diversos autores a lo largo de los siglos¹, todo el proceso gravita en torno a una duda². Cuando la duda es sobre el acaecimiento de los sucesos que se han traído al proceso, la duda suele ser del juez, puesto que las partes —o al menos alguna de ellas— sí acostumbran a conocer la realidad de lo acontecido, aunque la oculten o distorsionen³, o simplemente no sean capaces de evidenciarla. Sin embargo, cuando la vacilación es acerca de la vigencia o interpretación del ordenamiento jurídico, resulta posible que la incertidumbre alcance a todos los sujetos del proceso⁴. En todo caso, la duda siempre recae al menos sobre el juez.

En el proceso penal, la duda se ha percibido desde muy antiguo como uno de sus elementos más sustanciales. Lo demuestra una de las antiguas formulaciones de la llamada actualmente «presunción de inocencia», que contenía precisamente la palabra «duda» en su redactado: *in dubio pro reo*⁵. Y, por más asumido que esté jurídicamente, lo curioso es precisamente la reacción funcional⁶ del ordenamiento ante esa duda: la absolución sin matices. Muy similar, por cierto, a la presunción de buena fe del Derecho

¹ Partida III, tít. XIV, Ley 1.

² Por citar a un actor antiguo, I. MENOCHIUS, *Consiliorum sive responsorum*, Lib. VII, Frankfurt, 1594, p. 256. En dicho libro se utiliza la expresión *in dubio pro reo*, incluso aplicada al ámbito civil, es decir, sin las connotaciones que después ha ido adquiriendo.

³ M. TARUFFO, *La semplice verità*, Bari, 2009, p. 44.

⁴ De hecho, como afirma L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Madrid, 2006, p. 108: «La verdad jurídica es [...] de la que sin embargo es irreductiblemente insegura, por opinable, la verdad de las premisas».

⁵ Sobre la identificación del *in dubio pro reo* con la presunción de inocencia, vid. E. BACIGALUPO ZAPATER, «Presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y recurso de casación», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1988, p. 34. M.^a J. MASCARELL NAVARRO, «La carga de la prueba y la presunción de inocencia», *Justicia*, 1987, p. 631. Vid. H. DAHS, *Die Revision im Strafprozeß*, München, 1972, p. 27.

⁶ Vid. J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, Madrid, 2012, pp. 16, 37. F. MARTÍN DIZ, «Presunción de inocencia como derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 18, 2011, p. 142.

civil, que se halla también regulada de una forma prácticamente programática⁷.

Hasta el momento, en la ciencia jurídica se ha trabajado mucho tanto en materia de prueba como de argumentación jurídica. Ambas disciplinas contribuyen a la reducción del ámbito de la duda, pero estimo que se ha escrito bastante poco, en realidad, sobre la duda misma, sobre ese *dubium*, que quizás constituya el auténtico objeto del juicio jurisdiccional⁸. Si se hubiera profundizado en el estudio de la duda, probablemente se habría entendido mucho antes, por ejemplo, por qué no es posible teorizar o, peor aún, dogmatizar, sobre el concepto de objeto del juicio⁹. Y ello porque se hubiera visto con facilidad que la duda en sí misma es variopinta, tanto como lo es la realidad, y depende de cada caso concreto, con sus matices y aristas. Por ello debe ser contemplada en cada supuesto específico y sólo desde esa perspectiva, y en consecuencia no admite dogmatizaciones y sí, en cambio, estudios de campo, como los que se han hecho en alguna ocasión, aunque marginal¹⁰.

Pero al margen de este último tema, que tiene su trascendencia en otros terrenos (cosa juzgada, litispendencia, mutación de la demanda, etc.), como decía, se ha estudiado poco la duda en sí misma, y sobre todo su trascendencia procesal. Curiosamente, la doctrina ha centrado su atención más en el concepto de «verdad»¹¹, en una especie de ansia por conseguir lo que

⁷ Vid. art. 2.274 del *Code Civil* francés. «*La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver*». Art. 434 del Código Civil español: «La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba».

⁸ Creo que en este sentido acierta en esta consideración el Derecho canónico, cuando centra el objeto litigioso, precisamente, la «fijación del *dubium*». Vid., por todos, AAVV (CELAM), *Código de Derecho canónico*, Pamplona, 2006, p. 979.

⁹ Pese al enorme número de autores que lo han intentado. Vid., entre otros, A. NIKISCH, *Der Streitgegenstand im Zivilprozeß*, Tübingen, 1935. W. FISCHER, «Der Streitgegenstand», *ZZP*, 57 (1933), p. 368. L. ROSENBERG, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeß rechts*, Berlin, 1929, pp. 248 y ss. L. HORN, «Die Lehre vom Streitgegenstand», *Juristische Schulung (JuS)*, 1992, 8, p. 681. J. COSTEDE, «Unorthodoxe Gedanken zur Streitgegenstandslehre im Zivilprozeß», en *Festschrift für Erwin Deutsch*, 1999, p. 911. F. LENT, «Zur Lehre vom Entscheidungsgegenstand», *ZZP*, 72 (1959), pp. 72-73. E. BÖTTICHER, «Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozeß», en *Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg*, München y Berlin, 1949, pp. 73 y ss. K. H. SCHWAB, *Der Streitgegenstand im Zivilprozeß*, München y Berlin, 1954. W. J. HABSCHEID, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streiverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Bielefeld, 1956. A. BLOMEYER, «Beiträge zur Lehre vom Streitgegenstand», *Berliner FS zum 41. Deutschen Juristentag*, 1955, p. 51. H. PRÜTTING, «Verfahrensgrundlagen», en WIECZOREK y SCHÜTZE, *Zivilprozeßordnung und Nebengesetze*, t. 1, Berlin, 1994, p. 23. L. HORN, «Die Lehre vom Streitgegenstand», *Juristische Schulung (JuS)*, 1992, 8, p. 685.

¹⁰ A. NACK, «Der Indizienbeweis», *MDR*, 5, 1986, p. 366, tras uno de esos estudios de campo, calculó el porcentaje de procesos que se sustancian sin prueba en un 30 por 100 en el orden civil, y en un 5 por 100 en el penal, basándose en un informe de 1980 del *Institut für Rechtstatsachenforschung in Stuttgart*. Otro de esos estudios puede verse en C. GUERRA PÉREZ, *La decisión judicial de prisión preventiva. Análisis jurídico y criminológico*, Valencia, 2010.

¹¹ M. SERRA DOMÍNGUEZ, «Contribución al estudio de la prueba», en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, p. 357. J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, Cizur Menor, 2005, p. 45. R. EGGLESTON, *Evidence, Proof and Probability*, London, 1983, p. 1. M. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán de *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, Madrid, 2002, p. 181. LL. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, Barcelona, 1993, p. 61. J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial*,

todos, en el fondo y sean cuales fueren las implicaciones que se deriven de este hecho¹², querríamos obtener en el proceso. Y no sólo en el proceso, por cierto.

Sin embargo, el estudio filosófico de la verdad ha alejado a la doctrina del auténtico problema. Ese problema es, como digo y perdón por la reiteración, la existencia de una duda. Sólo algunos juristas se acercaron a esa perspectiva intentando centrar la clave del concepto de jurisdicción en el «litigio»¹³, o en el «conflicto», dándole así unos tintes quizás algo teatrales al drama procesal. Esa doctrina pasó cerca de la cuestión principal de la duda, pero sus estudios fueron ineficaces al tener que asumir la realidad —actual— de que no en todo proceso existía auténticamente un litigio¹⁴. Qué distinto hubiera podido ser todo si en lugar de pensar en el conflicto, hubieran centrado su observación en la duda, que sí existe en todo proceso jurisdiccional, puesto que cuando deja de existir, el proceso concluye¹⁵, o no llega a celebrarse¹⁶.

En el presente trabajo me propongo estudiar ese punto en concreto desde el plano jurídico, obviamente, aunque sin olvidar la trascendencia epistemológica, psicológica, sociológica y hasta estadística que el tema posee, puesto que todas esas disciplinas ayudan a determinar los contornos del *dubium*, y hasta su trascendencia social dentro y fuera del proceso. En el fondo, el juicio jurisdiccional sólo trata de ser un reflejo congelado de la realidad¹⁷. Aunque con frecuencia el proceso es únicamente un espacio, de dimensiones variables, en el que intenta dilucidarse una duda, muchas veces sin éxito, de manera que en el juicio jurisdiccional se acaba afirmando como cierto algo que no lo es¹⁸.

Para el tratamiento del tema parece razonable utilizar un campo de estudio que sirva, a la vez, de banco de pruebas. Y en este sentido es especialmente apto el proceso penal, porque carece de demasiadas complicaciones a la hora de explicar qué es lo que se está discutiendo. Es decir, cuál es la duda. Es posible que el tipo delictivo sea algo complicado, pero finalmente, en cualquier proceso penal es relativamente sencillo percibir la esencia, es decir, los aspectos principales de aquello acerca de lo que se está dudando,

Madrid, 1992, p. 16. S. PATTI, «Libero convincimento e valutazione delle prove», *Riv. Dir. Proc.*, 1985, pp. 486 y ss. H. PRÜTTING, «Comentario al § 286 ZPO», en AAVV, *Münchener Kommentar ZPO*, München, 2000, p. 1781.

¹² Vid. MONTERO AROCA, *La prueba*, cit., pp. 49 y ss.

¹³ CARNELUTTI, «Lite e processo», en *Studi di Diritto Processuale*, Padova, 1939, pp. 21 y ss.

¹⁴ Vid., por todos, CALAMANDREI, «Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti», *Opere Giuridiche*, vol. I, pp. 427 y ss.

¹⁵ Cuando existe conformidad, por ejemplo.

¹⁶ Aunque, desde luego, hubiera hecho falta poner calificativos a la duda para individualizarla a fin de construir el concepto de jurisdicción.

¹⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, «Litispendencia», *RDProc.*, 1969, p. 669. E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, «La litis-pendencia», *RDProc.*, 1969, pp. 605 y ss. F. MÁLAGA DIÉGUEZ, *La litispendencia*, Barcelona, 1999, p. 239.

¹⁸ Eso es lo que justamente obsesionaba a los autores en sus discusiones sobre la teoría material y la teoría formal de la cosa juzgada. Vid., por todos, J. KOHLER, «Das materielle Recht im Urteil», *Festschrift für Klein*, 1914, pp. 1 y ss. O. VON BÜLOW, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, Archiv für die Civilistische Praxis, 1879, vol. 62, pp. 1 y ss.

cosa que puede no ser tan clara en un proceso civil o administrativo, por ejemplo, habida cuenta de los ingentes ámbitos del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, de la realidad, que abarcan ambos procesos.

Además, el proceso penal posee una trascendencia sociológica incomparable con cualquier otro proceso. La propia normativa penal constituye un ámbito privilegiado del ordenamiento jurídico que, no obstante, se intenta que entre en juego únicamente como última solución¹⁹. Teniendo en cuenta esas restrictivas características, dicho proceso parece un terreno bien acotado, y sobre todo apropiado, para examinar el tema que nos concierne.

Lo anterior se confirma cuando, llegados al final del proceso, persiste la duda en el juez. En el proceso penal, como ya se ha dicho, la solución es simple: la duda se resuelve abruptamente en favor de la inocencia del reo. Ello provoca no pocas perplejidades entre la sociedad y hasta entre diversos operadores jurídicos²⁰, lo cual es verdaderamente sorprendente y diría que hasta inaceptable, si bien se piensa. Qué decir de los medios de comunicación... Lo cierto es que la presunción de inocencia, por mucho que tenga varios siglos de existencia²¹ y, de hecho, los orígenes de su orientación se pierdan en la noche de los tiempos²², no es una norma auténticamente interiorizada por la sociedad y, por ende, por algunos de esos operadores jurídicos, que también pertenecen a la sociedad.

Ciertamente, tal parece que no hubiéramos sido educados para creer en la inocencia, como parte de nuestra debida instrucción como ciudadanos honestos. La realidad social, perfectamente palpable por cualquiera, es que cualquier persona, por defecto, sospecha negativamente, como si una especie de perversión del atávico instinto de supervivencia le condujera a estar constantemente en un estado de alerta que, llevado hasta el extremo, es poco menos que una paranoia. Por defecto, casi nadie tiene por inocente a una persona que es tachada, prácticamente por quien sea —no sólo por jueces o policía—, de sospechosa. Hemos sido instruidos para no matar, no lesionar y no robar, pero parece como si nos hubieran enseñado a pensar por sistema que todo sospechoso ha matado, ha lesionado o ha robado. Resulta ciertamente contradictorio, pero esta realidad sociológica es la que lleva a poner en cuestión, tantas veces, la presunción de inocencia, dado que es especial-

¹⁹ S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 2011, pp. 40 y 118.

²⁰ De hecho, es curioso constatar que la doctrina lo acepta con un tono de cierta sorpresa. *Vid.*, por ejemplo, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 152: «El juez, cuyos hábitos profesionales son la imparcialidad y la duda, tiene la tarea de ensayar todas las hipótesis, aceptando la acusatoria sólo si está probada y no aceptándola, conforme al criterio pragmático del *favor rei*, no sólo si resulta desmentida sino también si no son desmentidas todas las hipótesis en competencia con ella». Y añade en la p. 173: «...las decisiones sobre la verdad procesal con las que se resuelven las incertidumbres creadas por los defectos de denotación de los supuestos típicos legales: tales como, por ejemplo, el criterio del *favor rei* y su corolario *in dubio pro reo* [...]».

²¹ En el Derecho romano, el antecedente es el siguiente: Dig. L. 48, tít. 19, 5. Ulpiano: «*Sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus traianus adsidio severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*». «Pero Trajano respondió por rescripto a Adsidio Severo que nadie debía ser condenado por sospechas: es preferible que se deje impune el delito de un culpable antes que condenar a un inocente».

²² P. HOLTAPPELS, *Die Entwicklungsgeschichte des Grundsatzes in dubio pro reo*, Hamburg, 1965, *passim*.

mente sencillo hacer pasar dolosamente a alguien por sospechoso, precisamente por la creencia popular, derivada quizás de nuestra educación, de la que he venido hablando²³.

Por ello, también será objeto de este estudio analizar el porqué de ese estado de cosas, y ver si ese porqué es, en alguna medida, no ya razonable, sino racional. Pero también habrá de evaluarse en sus justos términos la obligación de declarar inocente a cualquier persona sobre la que se sigue dudando al final del proceso, averiguando si existe alguna alternativa a esa decisión sistemática de absolucón. Y asimismo se analizará, por descontado, si esa absolucón sistemática en caso de duda es lo más recomendable. Por tanto, con independencia de cuál sea la opinión final que se exprese, en este estudio se pondrá también en cuestón la presuncón de inocencia como mecanismo válido de deshacer una duda y evitar un *non liquet*.

Con todo lo anterior se va a evaluar la operatividad del principio básico que rige todo el proceso penal —la presuncón de inocencia— a través de la esencia básica que está ínsita en cualquier proceso: la duda. Es decir, se va a tratar de determinar cuál es la duda que nos lleva al proceso, cómo se intenta disipar esa duda durante el mismo, qué impedimentos pueden encontrarse y, finalmente, en caso de persistir esa duda, qué es lo que se puede hacer para resolver el caso concreto. La alternativa más sencilla, y también la más antigua, es declarar la inocencia. Pero no es la única alternativa posible, puesto que en el mundo de hoy en día en el que el método científico también puede y debe ser llevado al campo del Derecho, parece inaceptable que los procesos acaben resolviéndose, no siempre con las posibilidades que nos otorga la ciencia, sino a través de un simple principio filosófico como la presuncón de inocencia, por moralmente aceptable que éste sea, sobre todo porque no parece correcto que se imponga a alguien un castigo dudándose de su culpabilidad, casi «por si acaso». Aunque dicho principio tenga también mucho de psicológico, como veremos más adelante. Alguien podría considerar que es defectuoso declarar a alguien inocente sin suficientes pruebas. Pero sin duda choca con la lógica más elemental, así como con cualquier sentido legítimo de la ética, condenar a un sujeto sin pruebas²⁴.

En todo caso, no es éste un estudio sobre la presuncón de inocencia, sino sobre la duda como objeto del proceso penal, materia en la cual la «presuncón de inocencia» es solamente una manera de disipar esa duda. Y ni

²³ Algo debe querer decir que el refrán «cuando el río suena, agua lleva» y versiones similares, existan en diversas lenguas. En inglés, «*where there is a smoke, there is a fire*». En alemán, «*kein Rauch ohne Flamme*». En francés, «*pas de fumée sans feu*». O en italiano, «*non c'è fumo senza arrostò*». Aunque estos refranes serían más el equivalente de «no hay humo sin fuego», cuyo sentido es también contrario a la presuncón de inocencia.

²⁴ La orientacón de este pensamiento también fue recogida por el Derecho romano. Codex, L. IV, tít. 19, 25: «*Sciant cuncti accusatores, eam se rem deferre debere in publicam notionem, quae munita sit idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita*». «Sepan todos los acusadores que deben denunciar hechos confirmados por testigos idóneos, o por documentos muy evidentes, o probados por indicios indudables tan claros como la luz».

siquiera, probablemente, es el modo más satisfactorio en términos generales. Aunque sí que es, a la postre, quizás la única salida posible en realidad. Pero no adelantemos más ideas en este momento. Estas líneas sólo pretenden introducir al lector en una materia muy compleja y, como se ha dicho, tradicionalmente olvidada: el *dubium*.

CAPÍTULO I

EL CONCEPTO DE DUDA

La duda no es más que la indecisión de juicio entre dos o más hipótesis¹. Esta definición no es polémica en absoluto, y además es perfectamente intuitiva. No se trata de escudriñar filosóficamente en mayor medida este concepto, puesto que tampoco habría de extraerse ningún resultado más, aparte del ya expresado, que tuviera relevancia para el proceso.

En cambio, sí que tiene sentido cuestionarse sobre la temática de la duda *en el proceso*, a fin de ir delimitando sus contornos en orden a pensar posteriormente en su correcta resolución. Como vamos a ver, la descripción de la duda procesal ha sido realizada tradicionalmente acudiendo al silogismo judicial hecho-Derecho, con evidentes fines simplificadores. Sin embargo, la distinción no se ajusta a la realidad de dicho juicio desde un punto de vista práctico, y es ontológicamente imposible incluso desde la perspectiva teórica, ya que las normas están formadas por supuestos de hecho, y los hechos —al margen de esos hechos que configuran normas— no tienen importancia en el proceso si no son relevantes jurídicamente.

En consecuencia, el silogismo no es la forma óptima de llevar a cabo la descripción de la duda, aunque sea la que mejor enlaza con las mentes jurídicas actuales, muy influidas por la vigencia secular de dicho silogismo en la doctrina y en la jurisprudencia. En realidad, es altamente desorientador persistir en la distinción entre hecho y Derecho para describir el objeto del juicio, y pese a su sistemática utilización, en ningún modo contribuye a resolver certeramente la problemática que se plantea en el proceso, y que el juez debe resolver en la sentencia. Por ello, resulta preciso centrar cuál es el contenido de ese *dubium*, comprobando la anunciada inviabilidad de la distinción hecho-Derecho, a fin de proponer otro sistema de clasificación de la *materia iudicandi* que pueda contribuir a facilitar realmente la labor del juez.

¹ El *DRAE* la define como «suspensión o indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones, o bien acerca de un hecho o una noticia».

1. ACOTACIÓN DEL CONTENIDO DE LA DUDA EN EL PROCESO PENAL

Como ya se ha dicho, la duda es esencial para el proceso jurisdiccional, puesto que sin la misma, dicho proceso carece de todo sentido y resulta innecesario, salvo en casos en que sea precisa una confirmación meramente administrativa de un hecho sobre el que nadie duda, como puede ser una transacción.

Lo anterior se demuestra incluso en los casos en que el crimen juzgado constituye un hecho notorio. Pese a esa notoriedad, la duda persiste acerca del grado de culpabilidad del acusado y su responsabilidad, que dependen de la interpretación de varios factores que no son precisables en el acto y que, por ello, requieren de la celebración de un proceso.

La duda tiene como contenido unos complejos datos, algunos conocidos y algunos desconocidos para el juez. Lo que se suele hacer en un proceso es partir de la inferencia de los datos conocidos a fin de averiguar los que sean desconocidos. La actitud es la misma sea cual fuere la materia sobre la que versa la duda. Si se ignora la adecuada interpretación de una norma jurídica (dato desconocido), se puede partir de la interpretación jurisprudencial (dato conocido) de dicha norma en otros casos similares. O ante la ausencia de jurisprudencia es perfectamente posible acudir subsidiaria o cumulativamente a la analogía, que también pone en relación datos sabidos e ignorados.

Todo ello no son más que inferencias que conducen de lo conocido a lo desconocido, como sucede en cualquier presunción. A continuación se analizará si para describir ese complejo de datos es de alguna utilidad práctica la distinción hecho-Derecho, o se confirma la conclusión expuesta en el anterior epígrafe.

A) Las dudas de hecho y de Derecho

Como ya se ha anunciado, la inveterada distinción hecho-Derecho constituye un considerable obstáculo para la elaboración del juicio jurisdiccional, aunque parezca lo contrario porque siempre se ha creído obrar de acuerdo con las exigencias de dicho silogismo. La duda, como ya se dijo, es siempre acerca de un dato, y en el fondo acaba siendo indiferente qué naturaleza tenga ese dato, si fáctica o jurídica, porque lo relevante es que el dato es desconocido, sin más. Podría pensarse que la diferencia fundamental estriba en la manera de aproximarse a la duda fáctica (a través de la prueba)² o jurídica (a través de la argumentación)³, pero en realidad no es así.

² Vid., por todos, TARUFFO, *La prueba de los hechos*, cit., *passim*. J. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007. M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona, 2004. J. NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, Madrid, 2010.

³ Sobre este punto existen, como es sabido, múltiples teorías. Un resumen de las principales tendencias puede hallarse en E. T. FETERIS, *Fundamentals of legal argumentation*, Dordrecht, 1999.

Las cuestiones de hecho y de Derecho no es ya que se entremezclen, sino que forman parte de un todo único. Vamos a ver a continuación cómo la falta de prueba de un hecho entorpece la interpretación jurídica, precisamente porque la interpretación es imposible sin la determinación correcta del hecho, incluso queriendo separar ambas cuestiones teóricamente. Y posteriormente se intentará demostrar cómo los problemas de interpretación de una norma dificultan asimismo la prueba de un hecho, porque no es viable celebrar prueba sobre hechos cuya relevancia jurídica no sea segura.

Pero lo más importante será constatar finalmente una conclusión que avanza ya en este momento: poseen una misma técnica mental, y hasta una misma táctica argumentativa, la actividad interpretativa de una norma y la fijación judicial de un hecho relevante para el proceso⁴.

a) *Dificultades de determinación del Derecho por falta de prueba del hecho*

Los hechos de un proceso se determinan casi siempre a través de inferencias. Antiguamente se estableció, por influencia romana⁵, una distinción entre la prueba que se llamó tradicionalmente «directa», y la prueba por indicios, a la que actualmente conocemos como «presunciones»⁶.

Pero esa distinción carece de todo fundamento porque, en realidad, el testimonio de una persona sobre un hecho no es más que el indicio de ese hecho para un juez que no lo ha presenciado. Incluso hallándose el testigo completamente convencido de estar diciendo la verdad, su testimonio puede ser falso porque le falle la memoria, como bien enseña la psicología del testimonio⁷. Ni siquiera fue útil, para acercarnos a la realidad de los hechos, el antiguo juramento que se exigió a los testigos y que intentó convertir a este medio en una prueba legal, porque la falta de ajuste con la auténtica realidad podía ser idéntica con o sin juramento. Igual cosa sucedió con la declaración de las partes, transformada en «confesión».

Lo mismo acaeció con los documentos. Aunque se intentó privilegiar la credibilidad de algunos de ellos por la autoridad ante la que se firmaban, el documento, nuevamente, no era más que un indicio de la realidad sucedida, no presenciada por el juez. Por ello, nuevamente el razonamiento venía a ser

⁴ J. PENNER, «Legal reasoning», en AAVV (Penner/Schiff/Nobles, eds.), *Jurisprudence & legal theory*, Oxford, 2005, p. 651: «...what does that tell us about legal reasoning? Essentially we take the reasoning skills of the layman and magnify them. Law is human practical reasoning with vengeance, so to speak, or practical reasoning with what might appear to be an over-active imagination were it not, sometimes surprisingly, grounded in real-life cases. So let us begin our thinking about legal reasoning with the humble view that it doesn't differ in kind from what everyone does much of the time».

⁵ Vid. nuevamente Codex, L. IV, tít. 19, 25, en el pasaje antes citado: «*idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indiciis...*».

⁶ Vid. los clásicos de M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Barcelona, 1963. J. CARRERAS LLANSANA, «Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones», en FENECH y CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, pp. 335 y ss.

⁷ Vid. A. L. MANZANERO, *Psicología del testimonio*, Madrid, 2008, pp. 27 y ss.

inferencial, y carecía de sentido la distinción entre las presunciones y otros supuestos medios de averiguación de la realidad.

Sin embargo, ello no quiere decir que todo el razonamiento probatorio sea presuntivo⁸, puesto que a veces no es preciso construir esas inferencias. Hay hechos que simplemente «constan» en un proceso, y esas situaciones habrían de haber sido las auténticas «pruebas directas»: la muerte de una persona, siendo el cadáver visto por el juez, no requiere de inferencia alguna, aunque sí que será probablemente necesaria la inferencia en cuanto a la identidad del fallecido y la causa de su muerte. Por consiguiente, si bien la enorme mayoría del razonamiento probatorio es inferencial, algunos hechos son indudables. A esta categoría pertenecerían también todos los hechos notorios.

Pues bien, la construcción de esas inferencias puede provocar problemas en la interpretación jurídica. Cuando la realidad se determina falsamente en un proceso, la aplicación de la norma jurídica es indebida. La norma no fue concebida para regular la situación juzgada, que es la que ha quedado oculta tras la práctica de la prueba del proceso, pero que constituye la auténtica realidad. De ese modo, poniendo el ejemplo más sencillo, se le aplicaría una condena a un inocente de un delito, lo que provoca un error de aplicación del Derecho. Y ese es un yerro que la sociedad percibe como injusto, constituyendo este resultado —la falta de ajuste de la sentencia a la realidad de los hechos— una de las principales bases de la percepción de la injusticia por parte de los seres humanos.

Ese quizás sea el inconveniente principal de la errónea actividad probatoria: la aplicación indebida del Derecho que se acaba percibiendo como injusticia. Pero además, otro de los inconvenientes de ese desliz consiste en la inutilidad del ordenamiento jurídico en su conjunto. Las leyes se elaboran para que regulen la realidad de los seres humanos. Si la aplicación de las leyes se aleja de la realidad, el efecto es idéntico al que acaece cuando las leyes se desactualizan, porque la situación que se crea es la misma. El ordenamiento acaba por no aplicarse porque regula una realidad que ya no existe, creándose una laguna en la normativización de la realidad presente. O peor aún, la ley regula los hechos que sí que existen, pero de una forma que ya no se considera adaptada a las circunstancias sociales del momento.

Cuando los jueces no realizan debidamente la actividad probatoria, están siendo in fieles al ordenamiento jurídico globalmente considerado. Incurren en una aplicación mecánica del mismo en situaciones para las que no fue pensado. Es algo análogo a castigar a cualquier inocente por la necesidad de encontrar a un «culpable». De ahí la enorme importancia de la actividad probatoria en un proceso y su correcta ejecución. Aunque también es importante la motivación de dicha actividad probatoria, que precisamente da razón de que la misma fue llevada a cabo de manera adecuada, a fin de justificar que la aplicación del Derecho realizada es oportuna. De esa forma, la motivación tendría asimismo la finalidad de explicar no solamente la resultancia proba-

⁸ Vid. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, cit., p. 20.

toria, sino también el respeto por el Derecho por parte de los jueces, lo que forma parte de la finalidad extraprocesal de la motivación, que es la que confiere legitimidad democrática a las decisiones judiciales, al permitir que las mismas sean objeto de control por parte de todos los operadores jurídicos⁹.

Lo anterior ya habría de ser suficiente para evidenciar que los errores en los hechos determinan los errores en el Derecho. Pero existe un ulterior ejemplo que pone aún más encima de la mesa esa conclusión, y que de hecho demuestra lo que antes se dijo: que las normas están compuestas de hechos.

Si, por ejemplo, el juez duda de si un escrito es injurioso, es posible que sepamos a ciencia cierta que el escrito es de autoría del acusado, y desde luego no haya duda sobre las palabras contenidas en el mismo. Sin embargo, sí que es probable que no sepamos en realidad, como digo, si es injurioso, pese a conocer todos los detalles señalados. Si tomamos el redactado del art. 208. II del Código Penal, leeremos que «solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves». Pues bien, conocer esos detalles podría pensarse que es una cuestión solamente de interpretación jurídica, pero no es así. Saber qué es lo que en el concepto público se tiene por grave¹⁰, indudablemente puede y debe ser objeto de prueba, aunque con frecuencia se eluda este aspecto, confiando en que el juez utilizará las «máximas de la experiencia», que no es más que una expresión eufónica para justificar apriorísticamente que el juez habitualmente no va a motivar ese aspecto de su convicción¹¹, lo que resulta, como ya se ha dicho, inadmisibile.

En realidad, la determinación de ese punto de la «gravedad en el concepto público», si se analiza hasta el final, estará siempre a medio camino entre lo probatorio y lo no probatorio, porque no es ninguna de las dos cosas en realidad, y es las dos a la vez. Lo mismo sucede con cualquier otro ejemplo¹², aunque sea algo tan claro como lo es, en principio, un homicidio. Piénsese, ni que sea por un momento, en la polémica sobre el concepto «matar» referido al aborto, o la calificación como «homicidio» de la ejecución de una pena de muerte, o de una eutanasia¹³. Con independencia de mi propia opinión sobre todos esos temas y, sobre todo, de lo que mantengan las leyes sobre estos asuntos en cada momento, lo cierto es que la polémica es encendida entre partidarios y detractores de una u otra opción, y desde luego no se puede decir que la discusión sea exclusivamente jurídica, moral, filosófica,

⁹ Vid. M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1970.

¹⁰ Sobre este aspecto, vid. ampliamente J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, 2010, pp. 334 y ss.

¹¹ Lo explica a la perfección M. TARUFFO, «Considerazioni sulle massime d'esperienza», *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2009, pp. 557 y ss.

¹² El concepto de «terrorismo» es otro de los más debatidos actualmente. Vid. V. GÓMEZ MARTÍN, «Notas para un concepto funcional de terrorismo», pp. 1011 y ss., o M. CANCIO MELIÁ, «El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código Penal español», pp. 987 y ss., ambos en AAVV (dir. Luzón Peña), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010.

¹³ Vid. J. J. QUERALT JIMÉNEZ, «La eutanasia: perspectivas actuales y futuras», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, t. 41, fasc./mes 1, 1988, pp. 117 y ss.

psicológica o incluso médica. O «fáctica», porque se podría decir que no se duda de los hechos en esos supuestos, pero ello no sería cierto. Por ejemplo, en el caso de la eutanasia especialmente, en la enorme mayoría de los casos no se puede hablar de «muerte violenta», expresión que ya de por sí encierra un juicio en el que es imposible distinguir lo fáctico de lo jurídico, o incluso de lo esencialmente moral¹⁴.

Nuevamente estamos, por tanto, ante cuestiones del juicio jurisdiccional que no encajan con el esquema del silogismo judicial¹⁵. Se trata de dudas que se encuadran en el razonamiento judicial en su conjunto, y que, como veremos después, tienen un mismo modo de resolverse.

b) *Dificultades de determinación del hecho por la falta de fijación del Derecho*

Pese a que actualmente la epistemología ha ampliado estos conceptos, para no complicar demasiado la explicación partamos de la base de que en la inferencia pueden utilizarse básicamente dos métodos: el inductivo y el deductivo. El inductivo parte de la conclusión en busca de datos que la justifiquen, y el deductivo, por el contrario, parte de esos datos en búsqueda de una conclusión todavía desconocida.

Pues bien, aunque lo lógico en materia probatoria sería utilizar el método deductivo, a fin de evitar que el juicio jurisdiccional esté sesgado, desde un principio, en favor de una sola opción interpretativa del caso concreto, lo cierto es que los jueces acostumbran a utilizar preponderantemente el método inductivo, simplemente porque es de ejecución más sencilla. Tras un análisis inicial —que puede ser muy superficial— del caso concreto en su conjunto, los juzgadores se forman una opinión sobre aquello que debe ser probado¹⁶ en ese proceso, al menos para proceder a la admisión de los medios de prueba. Pero ese juicio inicial ya encierra inevitablemente una opinión sobre el caso concreto, opinión que los juzgadores van a intentar mantener, en la enorme mayoría de las ocasiones, porque también es intuitivamente más sencillo conservar una opinión que desmentirla, especialmente cuando se trata de una opinión propia.

La consecuencia de ello es que tratarán de justificar para sí mismos esa opinión a medida que vaya avanzando el proceso, con el problema de que el juez puede llegar a arrastrar, pase lo que pase, su opinión hasta el final, impidiéndose a sí mismo ver que están surgiendo datos en el proceso que invalidan su postura inicial. Salvo que suceda algún acontecimiento inespe-

¹⁴ Vid. N. MACCORMICK, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, 1994, p. 93, donde se propone un ejemplo muy similar con el delito de «adulterio». El marido interpone demanda de divorcio contra su mujer por haberse quedado embarazada de otra persona. La esposa se defiende afirmando que el embarazo fue fruto de una inseminación artificial. ¿Es relevante esa explicación para establecer la existencia de la causa de divorcio?

¹⁵ Dudas análogas cabe localizar en los ejemplos de MACCORMICK, *Legal reasoning and legal theory*, cit., pp. 53 y ss.

¹⁶ Vid. MACCORMICK, *Legal reasoning and legal theory*, cit., p. 88.

rado o se descubra un hecho muy revelador que desvirtúe esa idea inicial, es muy difícil que el juez cambie de parecer, como está perfectamente probado en psicología a través del heurístico del anclaje y ajuste y el sesgo de confirmación¹⁷.

Resulta inaceptable la utilización descrita del método inductivo. El juez que parte de una interpretación de la norma jurídica sin haber examinado los hechos más que superficialmente, incurre en una vulneración de esa norma jurídica, como acabamos de ver en el anterior epígrafe. Pero además esa vulneración dificulta la prueba de los hechos, porque, como acabo de decir, el juez que inicie su observación de la prueba a través de una interpretación jurídica preconcebida sobre el relato inicial o provisional de hechos, no observará con objetividad los datos que vayan surgiendo de la prueba, lo que dificultará la determinación definitiva de los hechos. En otras palabras, no atenderá debidamente a la actividad probatoria, o la condicionará obstaculizando la admisión de medios de prueba que crea indebidamente impertinentes, por ejemplo, simplemente por no cuadrar con la aplicación de la norma jurídica que le parece adecuada para el caso concreto. El juez estará simplemente centrado en buscar los datos fácticos que le sirvan para reunir los elementos del tipo del delito que cree cometido, y difícilmente irá más allá.

Además, el discurso jurídico de una decisión judicial es profundamente argumentativo, en el sentido de que pretende convencer de su corrección a través de la motivación¹⁸. De hecho, es jurídico precisamente porque refleja los intereses o fines que el ordenamiento ha escogido¹⁹, y que deben reflejarse en la sentencia.

Lo mismo sucede con el discurso que realizan las partes procesales a través de sus alegaciones²⁰. Aunque pudiera decirse que las partes sólo pretenden convencer al juez, su discurso sólo es realmente eficaz cuando podría convencer a cualquiera, en el sentido de que cualquier persona percibiría su corrección, lo que enlaza con los fines generales de un ordenamiento jurídico. Exactamente en el mismo sentido argumenta el juez a través de la motivación, y con más motivo porque su argumentación está dirigida, no solamente a las partes, sino también a la sociedad, en busca de su legitimidad democrática.

Siendo ello así, es lógica, aunque no adecuada, la utilización del método inductivo durante la celebración del proceso —antes del momento de dictar sentencia—, porque la decisión interpretativa de la norma jurídica parece tomada de antemano, desde el principio. Sin embargo, como ya se ha dicho, el Derecho está mal fijado, porque todavía no se conocen los hechos con precisión. Ello provoca que la utilización de la norma jurídica sea errónea, porque se aplica a un supuesto de hecho probablemente inexistente. Y todavía peor, la prueba aparece condicionada irremediabilmente, como ya se ha dicho,

¹⁷ Vid. F. FARIÑA, M. NOVO y R. ARCE, «Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales», *Psicothema*, 14 (1), 2002.

¹⁸ Vid. R. ALEXYS, *Teoría de la argumentación jurídica*, Lima, 2007, pp. 298 y ss.

¹⁹ PENNER, *Legal reasoning*, cit., p. 652.

²⁰ R. ALEXYS, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 303-304.

por lo que la correcta determinación de los hechos es imposible, a menos que se renuncie a la conclusión inicial sobre la interpretación jurídica, lo que resulta verdaderamente complejo.

Desde luego, si se produce esa renuncia y el juez deja su mente en blanco al inicio del proceso, y cuida de no prejuzgar en un primer momento, ese problema no se produce. Pero aunque pueda pensarse que ello puede suceder y es lo que siempre debiera suceder, debe aceptarse con realismo que es muy difícil que sea así. El juez, por su formación jurídica, no puede evitar realizar automáticas interpretaciones, también jurídicas, sobre los hechos que le exponen desde un primer momento. Y no se puede pretender que no se le suministre al principio del proceso una versión inicial de los hechos, porque de lo contrario no sabría sobre lo que va a juzgar. Y en consecuencia, la actividad probatoria se ve condicionada por esa interpretación jurídica inicial, como ya se ha dicho reiteradamente.

¿Demostraría todo ello, no obstante, que es posible separar hecho y Derecho en el contexto del juicio jurisdiccional? Si se lee lo que antecede, bien parece que podría ser así, porque aparentemente la aplicación jurídica y la determinación fáctica parecen conceptual y temporalmente separadas. Pero esa conclusión sería extraordinariamente superficial y no tendría en cuenta el fondo de lo que se ha dicho. La exposición —deliberadamente reiterativa— que he realizado hasta ahora intenta describir la práctica judicial con parámetros que resulten familiares al lector, y por ello he recurrido a la distinción hecho y Derecho, como de costumbre. Pero creo que toda esa exposición evidencia simplemente, aunque muy a las claras, que el mal uso de la norma jurídica condiciona irremediablemente el error en la determinación fáctica. Exactamente igual que el epígrafe anterior evidenciaba que la errónea actividad probatoria condiciona la interpretación jurídica.

Por consiguiente, en todo caso estamos ante un error de juicio que, desde luego, no puede calificarse ni de fáctico ni de jurídico. Podría decirse que se trata de un error probatorio en el primer caso, pero el mismo determina un error jurídico. O podría decirse, en el segundo caso, que se trata de un error jurídico, pero ese error provoca irremediablemente un error fáctico²¹. Siendo ello así, ¿qué sentido tiene separar ambos errores, si siempre se producen conjuntamente?

c) *La extensión del dubium a todo el juicio jurisdiccional*

Con todo ello se demuestra que el *dubium* no puede parcelarse, sino que se extiende a toda la *materia iudicandi*, porque la misma siempre está íntimamente relacionada entre sí como un complejo engranaje, o mejor dicho, como la realidad que es, que sólo tiene sentido si se producen a la vez todos los acaecimientos que la sustentan. El juez debe comprender todos

²¹ Como afirma MACCORMICK, *Legal reasoning and legal theory*, cit., p. 93: «There would be no way of choosing factual assertions to put in pleadings unless there were legal rules determining the facts proof of which will justify a desired legal conclusion».

esos acaecimientos, buscándoles su lugar en el ordenamiento jurídico, si lo tienen. Todo ello constituye el *dubium*.

En el fondo, ello constituye la consecuencia de que el juez, cuando dicta sentencia, no es exactamente que esté aplicando el Derecho a unos hechos, o bien que haya determinado unos hechos aplicando, *a posteriori*, la consecuencia jurídica claramente establecida por las leyes. Podría decirse que esto último sucede prácticamente así en los «casos sencillos». Pero en los «casos difíciles» (los *hard cases*) nunca es así. Y cabe decir que incluso en los casos sencillos, la interpretación jurídica o la determinación de los hechos no siempre es tan simple. Se suele tratar de asuntos reiterativos, de escasa gravedad, pero que por ello son muchísimas veces víctimas de la superficialidad. Y ello provoca, nuevamente, que las soluciones de un caso concreto nunca sean absolutamente diáfanas.

En realidad, cuando el juez dicta sentencia, de lo que trata siempre es de hacer «justicia», concepto ambiguo y vago donde los haya²², pero que vendría a significar —para los efectos que ahora nos conciernen— que el juez intenta conferir a su decisión una vocación de universalidad²³, un poco al estilo kantiano del imperativo categórico. En esa vocación de universalidad, la duda se extiende a todo el caso concreto en su conjunto, no solamente a los hechos o al Derecho, precisamente porque el juez intenta hacer «justicia». Si no lo intentara, bastaría una aplicación mecánica del Derecho a los hechos, también averiguados de forma mecánica. Pero lo segundo no es posible, incluso con las mejores ayudas de la ciencia: podemos determinar —aunque sea científicamente dudoso en cierta medida— que un resto biológico se corresponde con una determinada persona. Pero no podemos saber con la prueba de ADN cómo llegó ese resto biológico al lugar en el que se ha encontrado. Y para ello necesitamos acudir a la deducción judicial.

Los casos no solamente se componen de hechos y Derecho. Existen unas circunstancias sociológicas —económicas, ideológicas o de otra índole— y psicológicas del caso concreto que forman parte del *dubium* en su conjunto, y que no se dejan clasificar en el terreno fáctico o en el jurídico, sino que se extienden a todo el juicio jurisdiccional. El legislador creó sus normas pensando en esas circunstancias, por lo que no se pueden ignorar a la hora de aplicarlas. Y conocer esas circunstancias también resulta esencial en la valoración de la prueba, como se hace especialmente evidente en la prueba documental, o en la prueba de declaración de personas.

Sin embargo, ello no quiere decir que los elementos del *dubium* sean inextricables, sino todo lo contrario. Lo que es preciso reconocer es la existencia de todos esos elementos, y tener en cuenta que influyen en la mente judicial, porque son los que, precisamente, crean la duda en el juez. Por ello, no es que el *dubium* no pueda categorizarse, sino que lo que ocurre es que resulta simplista categorizarlo siguiendo el tradicional esquema silogístico,

²² Vid. las principales tendencias interpretativas del concepto en T. CAMPBELL, *La justicia*, Barcelona, 2002. Vid. también A. SEN, *The idea of justice*, 2009.

²³ Vid. MACCORMICK, *Legal reasoning and legal theory*, cit., p. 101.

porque ese esquema ignora todas esas circunstancias, que de hecho son las que han tomado los autores, unas u otras, para intentar definir el concepto de justicia.

En consecuencia, hay que afrontar con valentía que el juez no es una simple boca que pronuncia las palabras de la ley, como dijo MONTESQUIEU²⁴, porque no es ninguna computadora. Ni tampoco es alguien que pueda determinar con total precisión la realidad de los hechos, porque ello, aunque puede ocurrir, difícilmente es factible hasta las últimas consecuencias.

Al contrario, el juez es un ser humano, aunque a veces parezcamos olvidarlo. Y el caso que juzga también es humano, aunque esto se olvide con la misma frecuencia, en el sentido de que los protagonistas del caso no son solamente los acusados y las víctimas, sino la comunidad humana en su conjunto. Si ello es así, tenemos que reconocer que las dudas de un caso concreto no son solamente la interpretación jurídica más o menos elaborada, o la determinación fría de unos hechos. Las dudas sobrevienen, sobre todo, por cuestiones ideológicas, económicas, sociológicas en general y psicológicas del propio juez y de las partes. Lo difícil, una vez concluido lo anterior, es pensar en una recategorización del *dubium* que sea útil y, sobre todo, practicable para los jueces.

B) Recategorización del *dubium*

La doctrina ya había intuido todo lo anterior con respecto a la inseparabilidad de las cuestiones de hecho y de Derecho²⁵, afirmándose que sólo a efectos meramente explicativos podía procederse a esa separación²⁶. No obstante, quizás podría pensarse, como alternativa, que en el proceso cabría distinguir entre aspectos probatorios y no probatorios. Pero ello solamente supondría persistir en la orientación silogística, lo que nos devolvería a los inconvenientes ya denunciados.

²⁴ Barón de MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat), *De l'esprit des lois*, reedición de la ed. de Paris 1748, Paris, 1979, L. XI, Cap. VI, p. 301.

²⁵ Lo confirma la gran mayoría de los autores. *Vid.* S. CHIARLONI, «La cassazione e le norme», *Riv. di dir. proc. civ.*, 1990, pp. 992 y ss. FAIRÉN GUILLÉN, «De los "hechos" al "Derecho". Uno de los sofismas de la Ley del Jurado de 1995», *RDProc*, núm. 2, 1997, p. 359. V. GIMENO SENDRA, *Fundamentos de Derecho procesal*, Madrid, 1981, p. 36. S. GUASCH FERNÁNDEZ, *El hecho y el Derecho en la casación civil*, Barcelona, 1998, p. 200. F. M. IACOVIELLO, *La motivazione de la sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano, 1997, p. 265. Th. KLEINKNECHT, K. MEYER y L. MEYER-GOSSNER, *Strafprozeßordnung*, München, 1995, p. 991. F. MAZZARELLA, «"Fatto e diritto" in Cassazione», *RT-DPCIt*, 1974, pp. 82 y ss. U. NEUMANN, «Die Abgrenzung von Rechtsfrage und Tatfrage und das Problem des Revisionsgerichtlichen Augenscheinsbeweises», *GA*, 1988, p. 387. H. OTTO, «Möglichkeiten und Grenzen der Revision in Strafsachen», *NJW*, 31, enero 1978, p. 7. F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, Barcelona, 1978, p. 185. S. SATTI, «Il formalismo nel processo», *RTDPCIt*, 1958, pp. 1154. SERRA DOMÍNGUEZ, «Del recurso de casación» (1985), en AAVV, *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985, p. 843. VERGER GRAU, «Algunas observaciones al Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal del jurado de 20 de abril de 1994», *Justicia*, 94, pp. 528-529. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, cit., pp. 23, 120. Aunque también hay autores que argumentan lo contrario y, de hecho, reflejan el sentir mayoritario de la jurisprudencia, que reivindica la existencia de la división.

²⁶ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 108.