

**Rogelio
Larios Velasco***
**Lucila
Caballero Gutiérrez***

*La estructura del
argumento jurídico de
prueba*

El trabajo busca reflexionar sobre la funcionalidad y precisión de concebir al argumento de prueba con el esquema no deductivo de Toulmin; discutir sobre si los conceptos tradicionales de “máximas de experiencia” y “presunciones humanas” satisfacen las actuales exigencias de rigor y precisión de la argumentación de prueba; proponer un uso más extenso de la causalidad en la prueba y también proponer esquemas deductivos para la certeza probatoria.

The work looks for reflect on the functionality and precision to conceive the argument of evidence with the no deductive Toulmin's scheme; discuss whether the traditional concepts of “maxims of experience” and “human presumptions” fulfill the requirements of rigor and precision of the contemporaneous argumentation of evidence; propose a more extensive use of causality within the legal evidence and propose deductive schemes for evidentiary certainty.

SUMARIO: Introducción / I. Sobre el concepto de “prueba” / II. Sobre el concepto de “hecho” / III. Justificación interna y externa / IV. Elementos del argumento de prueba / V. Falacias y paralogismos / VI. Las grandes áreas de los argumentos de prueba / VII. Área argumentativa de la presunción legal / VIII. Área argumentativa de la prueba tasada / IX. Área argumentativa de la libre valoración probatoria / X. Caminos para justificar la certeza de la conclusión probatoria / XI. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Profesores Investigadores del Departamento de Derecho de la Universidad de Sonora

Introducción

Mucho se ha escrito sobre la gran importancia que tiene la argumentación en el mundo social, en general, como práctica democrática y civilizadora; y en el mundo jurídico, en especial, como herramienta contra la arbitrariedad o el subjetivismo.

En cualquier materia jurídica y no sólo en el sistema penal acusatorio y oral, el deber constitucional de motivación va en contra de entender la libre valoración de la prueba como íntima convicción, es decir, como subjetivismo prevaleciente del juez. Marina Gascón entiende a la motivación “como justificación, o sea como aportación de razones que permitan sostener que las aseveraciones sobre hechos contenidas en la sentencia pueden aceptarse como verdaderas”.¹ Acorde con esta afirmación, la interpretación evolutiva (la que debe adaptarse a los cambios sociales) de “motivar una resolución” implica no sólo describir las pruebas del hecho correspondiente, sino también los razonamientos implicados en su valoración.

Los autores de este trabajo nos hemos interesado en investigar sobre los argumentos jurídicos de interpretación, de aplicación de normas a hechos y de validez normativa. Toca ahora, fijar nuestra posición dentro de la argumentación probatoria.

Cada uno de los apartados busca aportar algún elemento que pueda ser de utilidad en la construcción, valoración y refutación de los argumentos jurídicos de prueba. Así, con apoyo en la ley y en la doctrina, se propone un concepto de prueba vinculado estrechamente con la argumentación probatoria; se discute el empleo de diversas acepciones, de “hecho”; se critica el tratamiento a los conceptos torales de justificación interna y externa, y se expone y ejemplifica su función; se evalúa la importancia de la teoría de Toulmin aplicada a la prueba jurídica, y se hacen propuestas al respecto; dado que el concepto de “falacia” es importante para valorar de manera adecuada los argumentos que otros nos presenten y construir mejor los propios, se propone un concepto que va más allá del de argumento inválido; se exponen las distinciones entre diversas clases de argumentos de prueba en función de sus diferentes premisas generales; por último, se proponen caminos con una orientación lógico-deductiva para justificar la certeza en los argumentos probatorios.

Utilizaremos un poco de simbología lógica que, consideramos, puede entenderse sólo por el contexto sin necesidad de conocimientos previos en la materia. Esperamos, por ello, será más una ayuda que una complicación. Con tal propósito, nos limitamos a los símbolos de la lógica de proposiciones, sin desconocer la mayor precisión de la lógica de predicados, pero que requeriría explicaciones que serían una sobrecarga para el objetivo de este trabajo.

Finalmente, nos decidimos por limitar las referencias al derecho positivo mexicano y también los ejemplos de argumentos de prueba, a la materia penal, por ser el

¹ Marina Gascón Abellán, “Concepciones de la prueba. Observación a propósito de, *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*, de Michele Taruffo”, *Doxa, Discusiones* [publicaciones periódicas], núm. 3, Universidad de Alicante, 2003, p. 49.

ámbito paradigmático de la prueba jurídica; sin embargo, buena parte de lo que se concluye puede extrapolarse a la prueba en cualquier materia legal.

I. Sobre el concepto de “prueba”

Natarén y Ramírez señalan dos conceptos de prueba: primero, “todo motivo o razón aportado al proceso por los medios o procedimientos aceptados por la ley, para llevarle al juez el convencimiento sobre los hechos o la certeza de los hechos”,² segundo, prueba considerada como argumento, “es un argumento lógico que integra y relaciona el significado de las huellas o los rastros (contenido) que quedaron grabados en los instrumentos probatorios”.³

Tales autores aprecian importante distinguir tres conceptos relacionados con la prueba: los instrumentos, el contenido y los medios. Respecto de los primeros, nos dicen que “son los objetos, los documentos o las personas que se encontraban en el lugar y en el momento en que ocurrieron los hechos que se desea verificar que sucedieron en la realidad”. El contenido de prueba es la huella o rastro de lo ocurrido que quedó grabado en los instrumentos de prueba, que son su continente. En cambio, los medios de prueba son “el modo o acto por medio del cual se llega a un conocimiento cierto de lo ocurrido[...] la forma de tener acceso al contenido”.⁴

También, nos indican que la prueba tiene dos dimensiones:

1. Una material, que se refiere a la huella o rastro que quedó grabado en un instrumento probatorio (documento, persona u objeto). Debido a que esa huella puede ser también un recuerdo o lo que se conoce como *huella mnémica* (grabada en la memoria), la dimensión material abarca también lo que saben las partes y los testigos de lo ocurrido por haberlo vivido directamente, o cuando menos, presenciado.
2. Como significado, lo que quiere decir esa huella o rastro en función de lo ocurrido, del *thema probandum*.⁵

Por nuestra parte, consideramos que la prueba es inseparable de la argumentación, porque ¿para qué hablar de prueba si no sirve como apoyo argumentativo para la aceptación o no de un hecho? Por esto, el concepto de prueba debe vincularse siempre con el de argumento. Taruffo refiere que “es prueba todo elemento idóneo para fundar una inferencia capaz de ofrecer apoyo a una aserción sobre un hecho”.⁶

² Carlos Natarén, y Beatriz Ramírez, *Litigación oral y práctica forense penal*, Oxford, México, 2011, p. 120. El concepto citado, lo toman de Hernando Devis Echandía.

³ *Ibidem*, p. 123.

⁴ Carlos Natarén y Beatriz Ramírez, *op. cit.*, nota 2, pp. 120 y 121.

⁵ *Ibidem*, p. 123.

⁶ Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, 2ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2005, p. 328.

En general, argumentar es justificar, dar razones, partir de premisas, presentar pruebas o proporcionar evidencia, para sostener una tesis o conclusión. En este contexto, aludir a un argumento de prueba parece una tautología, porque argumentar parece equivalente a probar; sin embargo, en el mundo de la argumentación jurídica, toda prueba es o pretende ser una justificación, pero no toda justificación es una prueba.⁷ Por ello, en este ámbito, debe especificarse a las pruebas como una especie del universo de las justificaciones, razones o premisas.

Así, “prueba”, como sustantivo, es todo hecho cuyo enunciado o enunciados sirven para justificar, dentro de una estructura argumentativa, mediata o inmediatamente, la verdad, falsedad o probabilidad del enunciado de un hecho o de alguna de sus partes, relacionado con el derecho. El carácter de inmediato se refiere a un solo argumento, y el de mediato a dos o más argumentos concatenados entre sí.

Pero, ¿cómo es que un hecho probatorio, por medio de su enunciado, puede justificar la falsedad, verdad o probabilidad de otro hecho? Para los propósitos de la argumentación, existen dos caminos:

El primero es porque así lo determine la ley. En este caso, se conceptúa a la prueba como parte de un vínculo de imputación jurídica, es decir, la prueba es un hecho que se ubica en un supuesto de la norma legal al que ésta le imputa determinada consecuencia probatoria.

En el segundo se conceptúa a la prueba como parte de una relación de causalidad. Esto significa que una prueba es un efecto de la ocurrencia del hecho controvertido que es su causa. También “prueba” es la ausencia de tales efectos que necesariamente deberían existir de haber ocurrido el hecho o intención. Si la causa es el hecho a probar, su efecto (o hecho probatorio) se entiende como el “contenido de prueba” de Natarén y Ramírez, es decir, la huella, rastro o registro, ya sea en la materia o en la memoria humana (de los testigos, del confeso),⁸ que deja la existencia de tal hecho. Los rastros en la materia comprenden también los escritos en documentos y los registros en cualquier medio tecnológico.

Específicamente, si el hecho a probar es algún estado mental (una intención dolosa o negligencia), entonces su efecto es una determinada conducta humana que es su prueba.⁹ Esta última, a su vez, tiene como efecto los rastros o registros que son su prueba, es decir, prueba de la prueba.

Un apoyo parcial legal y doctrinario de tal concepto de prueba es el siguiente argumento posible: 1ª premisa, el artículo 285 del antiguo Código Federal de Procedimientos Penales prescribe que todas las pruebas, excepto las pruebas tasadas, constituyen meros indicios. 2ª premisa, para el jurista Díaz de León, “en el campo

⁷ Un ejemplo de justificación en el ámbito de los argumentos jurídicos que no es una prueba es exponer razones para sostener determinada interpretación.

⁸ Cuando la confesión es real, se pueden indicar detalles que sólo el que verdaderamente realizó la conducta conoce.

⁹ Quien tiene dolo algo hace diferente del que no lo tiene o que tiene sólo negligencia, y quien tiene ésta hace algo diferente de que tiene dolo o no fue negligente.

procesal penal, los indicios son los signos, rastros, señales o huellas que estando demostradas sirven para presumir que un hecho o acto pudo suceder o que ha sucedido”.¹⁰ Conclusión: todas las pruebas, excepto las tasadas, son los signos, rastros, señales o huellas que estando demostradas sirven para presumir que un hecho o acto pudo suceder o que ha sucedido.¹¹

Aunque para el autor citado, seguramente la conclusión es inaceptable porque él considera que la prueba indiciaria es “una prueba autónoma que admite pleno valor probatorio y que, por tanto, no debe ser confundida con algún otro medio de probar autorizado en la procesal penal”.¹² Para nosotros, si el rastro o huella —en el sentido muy amplio apuntado— es una prueba de la probabilidad del hecho controvertido, entonces se trata de una prueba indiciaria, circunstancial¹³ o semiplena. En cambio si tal rastro, o conjunto de rastros, proporciona certeza sobre el hecho controvertido, entonces se trata de una prueba plena.

Por ello, los interesados en ocultar hechos jurídicos pueden buscar borrar, desaparecer, destruir, esconder o modificar sus huellas o registros, o si están interesados en que existan tales hechos, pueden prefabricar sus rastros.

Si se acepta el concepto anterior de prueba, entonces se tienen que aceptar, por ejemplo, que la inspección y reconstrucción de hechos son actuaciones de las autoridades competentes, pero en realidad no son en sí mismas pruebas, sino el medio por el que se pueden encontrar y manifestar pruebas.

II. Sobre el concepto de “hecho”

Dado que el concepto de “hecho” se encuentra estrechamente relacionado con el de prueba jurídica, es necesario aludir a su concepto.

Entre las diversas acepciones de la palabra “hecho”, existen dos que pueden vincularse con el derecho y la prueba jurídica. El primer sentido es el usual: acontecimiento que ocurre en el tiempo y en el espacio (“cosa que sucede” de acuerdo al Diccionario de la lengua española de la Real Academia). El segundo es de Mario Bunge, quien considera que un hecho puede ser tanto un acontecimiento real como un acontecimiento posible.¹⁴

¹⁰ Marco Antonio Díaz de León, *Tratado sobre las pruebas penales*, Tomo II, México, Porrúa, 2000, p. 683.

¹¹ Señalamos que el apoyo legal y doctrinario citado es parcial porque también las pruebas tasadas deberían ser efectos de la causa-hecho controvertido; de lo contrario, nos encontraríamos con las reglas contraempíricas, que señala Wróblewski, nota 41, en la historia del derecho como la evidencia medieval de brujería por la prueba de agua o fuego.

¹² *Op. cit.*, nota 10, pp. 726 y 727.

¹³ Para Díaz de León “en el proceso penal mexicano, la prueba indiciaria es también conocida como prueba circunstancial”, *op. cit.*, nota 10, p. 727.

¹⁴ Mario Bunge, *Diccionario de filosofía*, 4ª ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 2007, p. 95.

Si usamos el primer concepto, se tiene la ventaja de que seguimos el uso normal de la palabra y esto tiene la siguiente consecuencia: como un hecho que no aconteció no es un hecho, entonces no se puede predicar la verdad o la falsedad de los hechos, porque un hecho falso no es un hecho, y un hecho verdadero es un pleonismo. En este caso, es posible utilizar la tesis de que la verdad y falsedad sólo se aplican a los enunciados informativos. Como señala Perfecto Andrés Ibañez: “en la moderna filosofía de la ciencia, tiene carta de naturaleza la idea de que se da ‘cierta intimidad conceptual entre lo que consideramos hechos y el lenguaje en que los afirmamos, o al menos entre los hechos y los tipos de entidad lógica que designamos como enunciados’”;¹⁵ sin embargo, todo esto va en contra de la expresión usual “los hechos se prueban”: lo único que se prueba son los enunciados que describen a tales hechos —dado que esos enunciados tienen carácter apofántico o valor veritativo—, como así lo indica Jordi Ferrer, para quien tales atributos se aplican con más propiedad a las proposiciones.¹⁶

En cambio, si usamos el concepto de Bunge, vamos contra el uso normal de la palabra porque admitimos que son hechos también los acontecimientos posibles pero, en tal caso, se tiene la ventaja de darle sentido al uso jurídico de que los hechos se prueban. Entonces, “probar un hecho” significa que se justificó que el acontecimiento posible, además, es real. “No probar un hecho” se traduce en que no se justificó que el acontecimiento posible, además fue real. “Probar en contra de un hecho” significa que se justificó que el acontecimiento posible no fue real.

Para articular las ventajas de la postura usual y la de Bunge sobre el concepto de “hecho”, estipulamos la equivalencia entre “hechos posibles” con “descripción de hechos sin determinar aún su verdad o falsedad”, y “verdad de un hecho” con “verdad de la descripción del hecho”. Todo esto estará implicado cuando hablemos de probar hechos o sobre la verdad o falsedad de un hecho.

Obviamente, los hechos cuya verdad o falsedad se busca justificar por medio de la “prueba jurídica” son sólo aquellos que se encuentran relacionados con el derecho. Al respecto, la doctrina nos dice que hecho jurídico *lato sensu* “es toda conducta humana o ciertos fenómenos de la naturaleza, que el Derecho considera para atribuirles consecuencias jurídicas”.¹⁷ Esto incluye, por supuesto, a los actos jurídicos. Tales hechos jurídicos no existen como tales fuera del derecho, como no existe, por ejemplo, el delito de homicidio si no existe la norma penal que lo prevé y dispone su sanción: *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*. En otras palabras, tales he-

¹⁵ Perfecto Andrés Ibañez, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa*, núm. 12, Alicante, Universidad de Alicante, 1992, p. 264. En el mismo lugar, el autor citado nos previene: “[...] el proceso de conocimiento relativo a los hechos, al estar también mediado por el lenguaje[...] pesa idéntica carga de relativismo, de incertidumbre y ambigüedad que en todos los demás casos en que esa mediación tiene lugar”.

¹⁶ Jordi Ferrer, “La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión”, *Estudios sobre la prueba*, México, Fontamara, 2008, pp. 40 y 41.

¹⁷ Ernesto Gutiérrez y González, *Derecho de las obligaciones*, 8ª ed., México, Porrúa, 1991, p. 125. También algunos ordenamientos civiles contienen conceptos similares.

chos necesariamente se encuentran predeterminados en sus datos empíricos y en su calificación por la semántica de las normas de derecho. Esto implica que se trata de los llamados por John Searle “hechos institucionales”.¹⁸ Así, lo que se prueba jurídicamente no son hechos brutos, sino únicamente aquellos hechos determinados por el significado —y, por tanto, por su interpretación— de las normas de derecho, para imputarles alguna consecuencia jurídica.

No sólo se prueban hechos que se ubican en los supuestos normativos a los que se imputan sanciones jurídicas, sino de muchos otros supuestos normativos: probar la personalidad de un representante legal en un procedimiento, probar la edad de un inculpado para determinar si se le sigue un juicio como menor o como adulto, etcétera.

¿Qué importancia puede tener aclarar este punto para la argumentación de prueba? Es fundamental en la construcción y evaluación de los argumentos probatorios —dado que su omisión puede conducir a falacias—¹⁹ que tales argumentos tengan como conclusión (sea del mismo argumento o de una cadena sólida de argumentos) la afirmación sobre la verdad o la falsedad del hecho jurídicamente calificado (el hecho a probar) o de alguno de sus elementos necesarios. Esto se vincula con el concepto procesalista de “prueba conducente o pertinente”.

III. Justificación interna y externa

Conviene recordar que la teoría de la argumentación presenta dos tipos de justificaciones: la interna y la externa. Robert Alexi nos dice que “en la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación, el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas”.²⁰

Así, la justificación interna consiste en la relación entre conclusión y premisas, y se evalúa al tratar de contestar la pregunta: ¿las premisas presentadas son suficientes para aceptar una conclusión?

Por su parte, la justificación externa consiste en la relación entre una conclusión conformada por alguna de las premisas cuestionada de otro argumento y sus propias premisas (que puede denominarse argumento de segundo nivel). Igual que la anterior justificación, se evalúa al tratar de contestar la pregunta: ¿Las premisas presentadas son suficientes para aceptar una conclusión?

La necesidad de la justificación externa se presenta cuando se responde afirmativamente a la suficiencia de las premisas de la justificación interna y luego se

¹⁸ John Searle, *Actos de habla*, 6ª ed., Cátedra, Madrid, 2007, pp. 59 y 60.

¹⁹ Como la que se indica en la parte final del apartado “Elementos del argumento de prueba”.

²⁰ Robert Alexi, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 214.

cuestiona alguna de ellas.²¹ Cuestionar premisas no es, por sí misma, una labor de justificación externa, sino únicamente la exigencia de ésta.

Sólo se puede hablar de justificación externa, si el argumento correspondiente se construye o se valora en función de sostener (o refutar) las premisas de otro argumento con él relacionado. Por tanto, si tal construcción o evaluación de argumento no se hace con tal fin, entonces se trata de justificación interna. En este contexto, el concepto de justificación externa es relativo: un mismo argumento, si se analiza en desconexión con otro argumento es justificación interna, pero si se analiza en función de su apoyo a las premisas de otro argumento es justificación externa.

Además, la diferencia entre los dos tipos de justificación no es “sustancial” como piensan quienes apuntan que su diferencia radica en que en la interna se aplica la deducción y en la externa, sólo recursos justificativos no deductivos, como algún tipo de argumento inductivo.²² Por el contrario, tanto en la justificación interna como en la externa es posible aplicar, dependiendo de las circunstancias, tanto la deducción como argumentos no deductivos. Por ejemplo, como se apreciará adelante, la justificación interna del argumento jurídico de la prueba de indicio tiene un carácter no deductivo: utiliza la abducción.

La función de los conceptos de justificación interna y externa, dentro de la teoría argumentativa, es facilitar la identidad de un argumento y poder diferenciarlo con otros estrechamente relacionados con el primero, lo cual es útil en la construcción y evaluación de todos estos argumentos.

IV. Elementos del argumento de prueba

González Lagier determina las partes de un argumento jurídico de prueba aplicando las ideas del teórico de la argumentación antideductivista Stephen Toulmin.²³ Él cual nos dice:

[...] toda argumentación parte de una pretensión, que es aquello que se sostiene, aquello que se quiere fundamentar. Si esta pretensión es puesta en duda, debe ser apoyada por medio de razones, esto es, hechos que den cuenta de la corrección de la pretensión. Ahora bien, en ocasiones hay que explicitar por qué las razones apoyan a la pretensión, y ello debe hacerse por medio de un enunciado que exprese una regularidad que co-

²¹ Tal orden es usual, pero no es necesario. Es posible, y quizá eficaz, iniciar cuestionando la justificación externa, la cual si es correcta permite evaluar, posteriormente, la justificación interna.

²² Un ejemplo de este pensamiento mayoritario es Víctor Manuel Rojas quien apunta: “En la argumentación jurídica a la justificación interna le corresponde determinar la validez del razonamiento deductivo, en tanto que a la justificación externa le toca determinar la verdad o la falsedad de las premisas utilizadas en el silogismo”, Víctor Manuel Rojas Amandí, *Argumentación jurídica*, México, Oxford, 2010, p. 114.

²³ Ver Stephen Toulmin, *et al.*, *An introduction to reasoning*, New York, Macmillan, 1979, p. 25.

rrelacione el tipo de hechos que constituye la razón con la pretensión. Este elemento fundamental es la garantía, que consiste siempre en una regla, norma o enunciado general. A su vez, la garantía puede ser apoyada con un respaldo, que trata de mostrar la corrección o vigencia de esa regularidad.²⁴

González Lagier considera que el esquema de Toulmin puede trasladarse con facilidad al razonamiento judicial sobre hechos, integrándose de la siguiente manera: *a)* la pretensión, son los hechos a probar o la hipótesis del caso; *b)* las razones del argumento, son las pruebas o hechos probatorios; *c)* la garantía, son las máximas de experiencia, presunciones y otro tipo de enunciados generales —definiciones o teorías— como reglas de inferencia para que los jueces puedan pasar de las razones a la pretensión; y *d)* el respaldo, es la información necesaria para fundamentar la garantía.²⁵

El esquema de González Lagier presenta dos problemas: ¿Cómo se integra un argumento probatorio completo? Y con esto, ¿cuáles son los límites entre la justificación interna y la externa de tal argumento?

Podría considerarse, dentro de la estructura de Toulmin, que la justificación interna comprende sólo la relación entre pretensión (*claim, conclusion*) y razones (*grounds, data*); o sea, que ellas conforman el argumento básico. También que la garantía (*warrants*) es la justificación externa y que el respaldo (*backing*) es la justificación externa de segundo nivel. Estas consideraciones se deben a que la garantía sólo se hace presente cuando haya que explicitar por qué las razones apoyan a la pretensión, es decir, ante un cuestionamiento sobre la corrección de la justificación interna o argumento básico, surge la garantía como justificación externa.²⁶

Pero, como se apreciará adelante, en cualquiera de las diversas clases de los argumentos de prueba jurídica, lo que puede ubicarse como garantía es un elemento indispensable para estructurar un buen argumento. Por ello, cabe considerar, dentro del esquema de Toulmin, que la justificación interna es la relación entre pretensión y la conjunción de razones y garantía, es decir, la garantía forma parte necesaria de las razones. En tal caso, la justificación externa se reduce al respaldo.

De las dos anteriores consideraciones, es preferible la última; sin embargo, aún quedan problemas de justificación externa con la aplicación del esquema de Toulmin: su “garantía” sólo permite inferir la pretensión de las razones y el respaldo justifica la verdad o falsedad de la garantía, pero ninguno de los dos justifica la verdad o falsedad de las razones.

²⁴ Daniel González Lagier, “Argumentación y prueba judicial”, *Estudios sobre prueba*, México, Fontamara, 2008, p. 105.

²⁵ *Ibidem*, pp. 106 y 108.

²⁶ Las razones, según Toulmin, también se hacen presentes sólo cuando la pretensión es puesta en duda. El problema con esto, es que si no hay razones, entonces ya no estamos hablando de argumentación, y si no hay razones en el mundo de las resoluciones de las autoridades estatales, entonces ya no estamos en la racionalidad legal ni constitucional.

Para resolver tal problema, ubicaremos siempre a la garantía dentro del argumento básico, o sea, adentro de la justificación interna (como se hace en la última consideración), pero no definida como “reglas de inferencia” sino como premisa. El motivo es que tales reglas no pueden formar parte de la cadena argumentativa, sino que tienen que ser elementos externos a ella; sólo así, nos sirven para poder evaluar de manera precisa y objetiva la inferencia de tal cadena, tanto en su justificación interna como externa.

Por tanto, proponemos que un argumento jurídico de prueba (justificación interna) se integre de los siguientes elementos:

- 1° La pretensión, es decir, la conclusión, que se integra del enunciado sobre el hecho a probar o hecho jurídicamente controvertido.
- 2° Las razones y la garantía son las premisas. Las primeras son las pruebas o hechos probatorios, y las segundas se integran de enunciados que describen ciertas normas jurídicas o ciertas teorías, vinculados estrechamente con tales hechos. En cuanto a la justificación externa de tales premisas se expondrá adelante en relación con cada una de las áreas de los argumentos jurídicos de prueba.

Finalmente, es claro que el argumento probatorio no es el argumento básico o inmediato que utiliza una autoridad estatal para resolver aplicar, o no, las consecuencias jurídicas correspondientes. Las premisas del argumento básico tienen como contenido que la norma general se aplica, o no, al hecho concreto probado. Lo cual, a su vez, requiere su propia justificación o premisas.

Dentro del argumento básico, señalar la norma o normas aplicables, es la primera parte de la fundamentación; indicar que el hecho probado se ubica en el supuesto de tales normas es la primera parte de la motivación.

El análisis de justificación interna del argumento básico se reduce a verificar dos puntos: primero, si el hecho probado, tal como lo considera la autoridad, efectivamente se ubica en el supuesto de la norma tal como la describe o entiende la autoridad; segundo, que las consecuencias aplicadas son las que prevé la norma como la entiende la autoridad. Pero tales premisas, obviamente, requieren una justificación externa: la autoridad además debe justificar por qué entiende la norma como lo hace, tanto en su supuesto como en su consecuencia (argumento de interpretación).²⁷ Ésta es la segunda parte de una fundamentación completa. Adicionalmente, la autoridad debe presentar argumentos de por qué considera que el hecho está probado. Esta es la segunda parte de una motivación completa.

Como puede apreciarse, el argumento probatorio, cuyo análisis de justificación interna es fundamental, nunca puede dejar de analizarse también como justificación externa: su conclusión necesariamente debe coincidir con la premisa fáctica (hecho

²⁷ Para la estructura de los argumentos jurídicos de interpretación, ver Rogelio Larios y Lucila Caballero, *Las directivas de interpretación jurídica*, México, Fontamara, 2011, p. 34.

concreto probado) del argumento inmediato con el que una autoridad resuelve jurídicamente. De lo contrario, es inaceptable la verdad de tal premisa fáctica, con lo que el argumento básico (no el argumento probatorio) comete el paralogismo pragmático del *proton pseudos*. Que para Klug, “el error no se encuentra en el camino de la demostración sino ya en sus premisas, porque ya éstas contienen algo que no es verdadero”.²⁸

V. Falacias y paralogismos

No sólo es importante saber cómo debe construirse un argumento, sino también reconocer cuándo un argumento es inaceptable aunque en muchas ocasiones parezca convincente. Es el caso de las falacias.

Aunque una de diversas clasificaciones señala a las falacias como el género y a los sofismas y paralogismos como sus especies (los primeros cuando existe la intención de engañar y los segundos sin tal intención),²⁹ falacias y paralogismos pueden usarse como sinónimos y así los consideramos en este trabajo; sin embargo, emplearemos la palabra “falacia” para referirnos a las clasificaciones y definiciones usuales de la lógica y de la retórica, y utilizaremos el término “paralogismo” para referirnos a la clasificación y conceptos de Ulrich Klug.

Dado que el concepto de falacia se encuentra estrechamente relacionado con los de argumentación y argumento, recordemos algunas ideas relacionadas con estos. Para Rottenberg “la argumentación es el arte de influir en otros, a través del discurso racional, para que crean o actúen como deseamos que crean o actúen”.³⁰ Para Weston “dar un argumento significa ofrecer un conjunto de razones o de pruebas en apoyo de una conclusión”.³¹ El argumento siempre es pragmático, es decir, siempre se usa con un propósito en determinada situación: sostener sólidamente una tesis, convencer a otros o llegar a un acuerdo. Incluso en una circunstancia de reflexión privada personal (que con más propiedad es “razonamiento”), se usa con el objetivo de tener bases para tomar una decisión o de concluir sobre un conocimiento.

Con base en lo anterior, una falacia, en lo general, es un argumento que no reúne los requisitos mínimos para cumplir el propósito pragmático de la argumentación. Éste se encuentra implicado en el mismo concepto de argumentación y consiste en lograr convencer a otros dentro de una perspectiva de racionalidad ideal. Tal objetivo puede ser un medio para la búsqueda de la verdad o para lograr una ventaja personal. En el primer caso, tenemos (idealmente) a la argumentación científica o la de

²⁸ Ulrich Klug, *Lógica jurídica*, Bogotá, Temis, 1990, p. 224.

²⁹ Según Klug: “como se sabe, una falacia involuntaria se denomina *paralogismo*, y una voluntaria *sofisma*, *op. cit.*, nota 28, p. 205.

³⁰ “Argumentation is the art of influencing others, through the medium of reasoned discourse, to believe or act as we wish them to believe or act”, Annette Rottenberg, *Elements of Argument*, New York, St. Martin’s Press, 1988, p. 5.

³¹ Anthony Weston, *Las claves de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2008, p. 11.

un juez; en el segundo —la argumentación estratégica—, el de las partes de un proceso judicial, que buscan ganar, o el de las partes de una transacción o de una mediación, que buscan llegar a un acuerdo.

Los argumentos pueden ser mencionados o contruidos para propósitos distintos al señalado, por ejemplo, con fines de enseñanza o investigación de los argumentos. En tal caso, no se trata de una auténtica argumentación. Ésta siempre es pragmática, dialógica y discursiva.

Un argumento puede cumplir con los requisitos mínimos para el objetivo citado y aun así no alcanzarlo, pero eso no lo hace una falacia. También puede suceder que no los cumple y aun así convencer al receptor. Esto sucede, por ejemplo, en las falacias no formales de relevancia, en las que aunque las premisas no son relevantes, lógicamente sí lo son psicológicamente y, por ello, engañan.³² El incumplimiento de los requisitos mínimos puede ser de dos clases y, por tanto, pueden separarse dos grandes grupos de falacias:

1. *Falacias deductivas*. No cumplen con los requisitos que señala la ciencia de la lógica formal para que un argumento sea deductivamente válido. Esto puede ocurrir tanto en la justificación interna como en la externa. Aquí se presentan las denominadas falacias formales, algunos entimemas, los paralogismos semánticos, el paralogismo de insuficiencia de premisas y, paradójicamente, muchas de las falacias no formales. La razón de rechazar todo argumento que no sea deductivamente válido se sustenta en que siempre puede refutarse por insuficiencia, irrelevancia u ocultamiento de premisas; sin embargo, cualquier argumento inválido puede transformarse en válido agregándole la premisa faltante y posibilitando así valorar si ella es aceptable en su justificación externa (porque también puede suceder que se agregue la premisa faltante y con ella el argumento sigue siendo inválido). Se subraya que los argumentos deductivamente válidos sólo se caracterizan por la necesidad y no por la verdad de su conclusión, por lo que éstos también pueden tener conclusiones probables si tienen sus premisas lógicamente completas y, por supuesto, con un contenido probable. Ejemplo: si convives con alguien que padece una enfermedad contagiosa, probablemente te enfermarás; tú convives con quien padece enfermedad contagiosa, por tanto, probablemente te enfermarás.
2. *Falacias no deductivas*. Aunque se cumplan los requisitos anteriores y, por tanto, se trate de un argumento lógicamente válido, puede seguirse incumpliendo con otras exigencias no deductivas que exige el propósito de la argumentación. Por ejemplo, dentro de la justificación interna, tenemos las siguientes: las premisas no pueden ser significativamente iguales a la conclusión, si se infringe esto se constituye la falacia de petición de principio; no deben existir premisas reiterativas ni contradictorias, de lo contrario, aparece el paralogismo de redundancia de premisas, así como el de contradicción de

³² Irving Copi y Carl Cohen, *Introducción a la lógica*, México, Limusa, 2011, p. 150.

premisas.³³ Dentro de la justificación externa, podemos encontrar los requerimientos que siguen: las premisas deben ser verdaderas y siempre que se requiera deben justificarse, porque si no se presenta el parallogismo de *proton pseudos* y el de insuficiencia de fundamentación.

VI. Las grandes áreas de los argumentos de prueba

Distinguir entre áreas de argumentos de prueba se subordina a distinguir entre diferentes primeras premisas o, en terminología de Toulmin, distintas “garantías”. Éstas, para González Lagier, son fundamentalmente dos: máximas de experiencia (de diversas clases) y presunciones. Tal autor agrega que “cuando la unión entre los hechos probatorios y el hecho a probar viene dado por una teoría o una definición (esto es, cuando el vínculo es conceptual), no nos encontramos propiamente ante un caso de prueba sino de interpretación o calificación de los hechos”.³⁴

Como una definición, sea legal o no, consiste en la explicación del significado de palabras específicas o expresiones, es correcto indicar que no puede ser la premisa indispensable (o “garantía”) de un argumento probatorio. Por ejemplo, tenemos el siguiente argumento:

El artículo 288 del Código Penal Federal define al delito de “lesión” comprendiendo “[...] toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deja huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa”.

Se probó que Juan provocó la alteración de la salud y dejó huella material en el cuerpo de Pablo.

Por tanto, se probó que Juan cometió el delito de lesión en contra de Pablo.

Como se aprecia, aunque en una premisa y en la conclusión se habla de prueba, no se trata de un genuino argumento probatorio, porque éste sirve para justificar que un hecho está probado, es decir, que su descripción es verdadera. En el ejemplo anterior, en realidad, no existe alguna justificación probatoria (como la existencia de testigos del hecho) o de por qué se considera como verdadero el enunciado conclusivo, sino sólo existe la justificación de porqué la conducta de Juan se considera como delito.

También, no se entiende por qué González Lagier desecha el amplio concepto de “teoría” en un argumento de prueba, reduciéndolo —igual que las definiciones— a

³³ Quizá pueda parecer extraño que con premisas contradictorias el argumento sea deductivamente válido, pero así es: de una contradicción o falsedad formal se puede derivar cualquier conclusión: *ex contradictione quodlibet*.

³⁴ Daniel González Lagier, *op. cit.*, nota 24, p. 110.

una función de calificación o interpretación de los hechos. Es cierto que las teorías contienen definiciones, pero no por ello deben confundirse: las teorías (empíricas) explican la realidad física, y las definiciones, el significado de palabras. Además, parece que prefiere por su fuerte uso, en lugar de “teoría”, el concepto de la doctrina procesalista de “máximas de experiencia”, aun cuando éste carece de gran claridad en su construcción.³⁵ Esto se aprecia en las definiciones de diversos doctrinarios como los citados a continuación.

Para Víctor Fairén, las máximas de experiencia: Se trata de una categoría intermedia entre los simples “hechos” puros “individuales”, podríamos decir, y “hechos” de trascendencia en un gran círculo de la actividad humana. Estas “máximas de la ciencia o de la experiencia”, entendemos que, en realidad, pueden llegar a ser “normas”, no jurídicas, cuyo conocimiento no corresponde a la “cultura media del Juez en campos que no sean el de lo jurídico. Pero “normas”.³⁶

Y para Eduardo Couture: La doctrina del saber privado del juez, de aquello que el conoce por ciencia propia, admite, al estudiar la formación de la sentencia, la aplicación de las llamadas *máximas de experiencia*. Éstas son normas de valor general, independientes del caso específico, pero que, extraídas de cuanto ocurre generalmente en múltiples casos, pueden aplicarse en todos los otros casos de la misma especie.³⁷

En cambio, el concepto de “teoría causal” contribuye con más claridad en la construcción de los argumentos de prueba, además de que se encuentra en vinculación estrecha con el concepto de prueba propuesto en este trabajo. Tal concepto, en un sentido muy general, consiste en la estructura conceptual que explica un objeto, en función de la relación de causalidad y que puede ser científica, precientífica, consuetudinaria o personal.

También es mejor, para tal función argumentativa, que el concepto de “presunciones humanas” o “presunciones del juzgador” (en oposición a la presunciones legales), las que Díaz de León explica así

La presunción no es otra cosa que toda esa serie de operaciones de intelecto que realiza el juez, como deber, en su función de juzgar[...]. Presumir es, pues, inferir, razonar lógicamente, valorar pruebas y discurrir su conexión

³⁵ Y más cuando el mismo autor citado, al clasificar tales máximas, incluye a las científicas, que no pueden ser otras que teorías científicas.

³⁶ Víctor Fairén Guillén, *Teoría general del derecho procesal*, México, UNAM, 1992, p. 441.

³⁷ Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, México, Editora Nacional, 1981, pp. 229 y 230; Perfecto Ibañez: “traducidos a reglas generales, los criterios extraídos de la experiencia, el juicio de hecho recibía impronta normativa y el tratamiento lógico de una inferencia deductiva de la que la máxima de experiencia venía a constituir la premisa mayor”, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, Alicante, *Doxa*, núm. 12, Universidad de Alicante, 1992, p. 286.

y contraste con los hechos conocidos y, a partir de estos, inclusive de ser el caso llegar a conocer los que se buscan conocer.³⁸

A diferencia de González Lagier, para nosotros, la distinción entre diversas clases de argumentos probatorios se plantea de la siguiente manera: ante el hecho controvertido, cuya verdad o falsedad se busca probar, el juez y las partes interesadas tienen diversos caminos en la construcción de sus argumentos de prueba. Estos dependen —como anotamos en el apartado del concepto de prueba— de si la ley atribuye o no consecuencias probatorias explícitas a determinados supuestos.

Si las atribuye, es decir, si la ley considera que bajo determinado supuesto un hecho está probado, hay dos situaciones: *a)* se presume la realización de otro hecho jurídico, y *b)* se determina el valor legal que deben tener las pruebas.

Si no las atribuye, o sea, si la ley no determina previamente cuándo un hecho se considera probado, entonces nos encontramos en el punto *c)*; en este, puede presentarse, o no, una regulación amplia o mínima de la prueba correspondiente.

Con la posible excepción del inciso *a)*, para la construcción de los argumentos probatorios se deben determinar todos los posibles hechos que son el efecto (o huella), o un medio para conocerlo, del hecho controvertido, ubicándolos en el consecuente de una teoría causal, de forma que tales efectos sirvan como prueba del hecho controvertido que es su causa.³⁹

En síntesis, tenemos tres grandes áreas de argumentación probatoria, con sus tres diferentes premisas generales o “garantías”, y con sus correspondientes estructuras lógico-formales: *de la presunción legal*, *de la prueba tasada* y *de la libre valoración probatoria*. En tales áreas no se comprende la de la “íntima convicción” porque dada su propia naturaleza excluye la argumentación y, por tanto, su verificación y control.⁴⁰

VII. Área argumentativa de la presunción legal

Este ámbito se refiere a la presunción legal como premisa de los argumentos de prueba. La presunción legal significa que a una situación de hecho específica, la ley

³⁸ Marco Antonio Díaz de León, *op. cit.*, nota 9, p. 778. Para este autor, tales presunciones no son medios de prueba, porque sería como ofrecer como prueba el raciocinio del juzgador, pp. 777 y 778. Estamos de acuerdo con su conclusión (porque las presunciones son la premisa general que conecta la prueba con el hecho controvertido), pero el raciocinio, presunciones humanas, máximas de experiencia o teorías causales, no son exclusivas del juzgador, también las partes razonan, presumen y argumentan.

³⁹ Respecto de los incisos *a)* y *b)*, se supone que el legislador consideró alguna teoría causal como razón de política legislativa para prescribir talas consecuencias probatorias, pero tratándose de presunciones legales, el proceso penal no es el lugar para evaluar la corrección o no de tal presunción, por ello lo señalamos como una posible excepción.

⁴⁰ Al respecto, Ferrajoli señala: “la fórmula de la libre convicción no cierra sino que abre el problema de la identificación de las condiciones probatorias que justifican la convicción, es decir, de la definición —no legal sino epistemológica— del concepto de “prueba adecuada” o, si se quiere, “convinciente”, Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*, 5ª ed., Madrid, Trota, 2001, p. 140.

le atribuye la presunción de la existencia de otro hecho específico. Para Wróblewski, las presunciones tomadas como reglas jurídicas que gobiernan la evidencia son de las siguientes clases: *a)* reglas paraempíricas basadas en regularidades empíricas, que requieren un conocimiento de determinados hechos más o menos probables, si no hay prueba en contrario, como la paternidad del marido de la madre, si el niño nace dentro de determinado período; *b)* reglas no empíricas que no están basadas en regularidades empíricas, tratan como existentes ciertos hechos, si no se muestra prueba en contrario, por ejemplo, la presunción de muerte de persona desaparecida; *c)* reglas contraempíricas, en la historia del derecho, cuando no hay hechos ni regularidades empíricas que se refieran a ellos, ejemplo, la evidencia medieval de brujería por la prueba de agua o fuego.⁴¹

En los argumentos con presunciones legales se aplica el clásico silogismo jurídico: la primer premisa es la descripción de una norma jurídica que establece una presunción jurídica, es decir, que a determinado supuesto de hecho le atribuye determinada consecuencia también de hecho. La segunda premisa es la descripción de un hecho concreto que se ubica en el supuesto de la norma descrita y su conclusión es la presunción del hecho establecido en la consecuencia de la norma descrita. Si la presunción no admite prueba en contrario (*iuris et de iure*) o si admitiéndola (*iuris tantum*), no existe, entonces el hecho hace prueba plena.

Ejemplo:

Primer premisa: Art. 15, IV, segundo párrafo del Código Penal Federal: si se causa daño a quien por cualquier medio trate de penetrar sin derecho al hogar del agente, salvo prueba en contrario, entonces se presumirá como legítima defensa.

Segunda premisa: En el expediente X, se causó daño a quien trató de penetrar sin derecho al hogar del agente y no se probó en contrario.

Conclusión: En el expediente X, se presume la legítima defensa.

Tal presunción se ubica en las reglas paraempíricas de Wróblewski y, por ello, el hecho a probar es la intención de hacer un daño grave (causa) y que, por tanto, contra ella hubo legítima defensa, y la prueba presuncional (efecto) es penetrar sin derecho al hogar del agente.

La estructura lógico-formal del ejemplo anterior es un *modus ponens*:

$p \longrightarrow q$

p

$\therefore q$

⁴¹ Jerzy Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, México, Fontamara, 2001, p. 264.

La característica del *modus ponens*, como la de todas las reglas de inferencia, es su validez deductiva, es decir, si se aceptan las premisas, entonces necesariamente tiene que aceptarse la conclusión.

Es cierto que esta estructura del *modus ponens* sirve para justificar —y con total certeza— la conclusión señalada: en el ejemplo se presume la legítima defensa. Pero, para evitar caer en la ficción autárquica del silogismo jurídico mecánico,⁴² es indispensable aclarar los siguientes puntos siempre que se aplique el *modus ponens*:

1°. Ese *modus ponens* sólo sirve, en principio, para validar la justificación interna, en donde como se señaló no se ponen en duda las premisas. En cambio, en la justificación externa se cuestionan tanto la premisa normativa como la fáctica y, por tanto, tienen que justificarse. Para esto se requerirán otros *modus ponens*, si es que son utilizables.

2°. La posibilidad de aplicar tal *modus ponens* no es el inicio de la indagación y de sus reflexiones, sino que es el objetivo por alcanzar, como estructura orientadora, después que sean satisfechas todas las posibles dudas sobre la normatividad aplicable y del hecho supuesto de la presunción; o bien, si no pueden ser satisfechas, el *modus ponens* es una estructura que sirve para descalificar el argumento respectivo.

En esta clase de argumentos, la justificación externa consiste en sostener la verdad de las dos premisas señaladas. En otras palabras, las premisas de la justificación interna se convierten en conclusiones de la externa que las apoya por medio de sus propias premisas. Así, la última debe justificar la verdad de la descripción de la norma jurídica que, se dice, contiene la presunción legal, y justificar la interpretación que se da a tal norma; y, en cuanto a la premisa fáctica, consiste en probar que realmente sucedió el hecho que se ubica en el supuesto normativo.

Como en el ámbito de las presunciones, es claro que el hecho base de la presunción tiene que ser probado, en la expresión “la prueba de la prueba” la primera palabra “prueba” se refiere al hecho base de la presunción y, por tanto, a la justificación externa, y la segunda, a la prueba presuncional y, por lo mismo, a la interna.

VIII. Área argumentativa de la prueba tasada

Abordaremos en este apartado el área argumentativa de la prueba tasada, misma que se vincula al denominado sistema de prueba tasada o prueba legal, que ya no permite la Constitución mexicana para el proceso penal acusatorio y oral (reforma del 18 de junio de 2008). Consiste en que determinados hechos probatorios deben

⁴² El uso del silogismo jurídico mecánico es una característica del formalismo jurídico (entendido como una de las acepciones del positivismo, ver Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2004, p. 45: “la actividad del jurista o del juez como actividad esencialmente lógica”), que da por evidente lo que sólo puede ser producto de la reflexión y de cumplir procedimientos: la determinación de existencia, identificación, correlación e interpretación de la premisa jurídica, así como las correctas prueba y su valoración, de la premisa fáctica.

cumplir ciertos requisitos legales, y en que si los cumplen, hacen prueba plena del hecho controvertido, cualquiera que éste sea.⁴³ Al respecto, Jordi Ferrer indica que;

[...] en el caso de las reglas de prueba legal [...] se hace abstracción de la racionalidad de la decisión en el caso concreto y se adjudica un determinado resultado probatorio a un medio genérico de prueba. De este modo puede considerarse que tanto esas reglas como los enunciados que fijan los hechos probados en aplicación de aquéllas al caso concreto son supuestos de reglas constitutivas (generales y aplicadas, respectivamente). Siendo así, no es posible atribuirles valores de verdad.⁴⁴

En esta clase de argumento probatorio también se aplica el clásico silogismo jurídico, con una premisa normativa (la descripción de una norma jurídica de estructura hipotética o condicionada), una premisa fáctica (la descripción de un hecho) y una conclusión normativa. En la primera premisa, la norma jurídica descrita atribuye a cierta prueba determinado valor probatorio, en la segunda, se describe un hecho probatorio concreto que se ubica en el supuesto de la norma descrita (supuesto que puede ser complejo si exige satisfacer una serie de requisitos) y su conclusión contiene la aplicación al hecho anterior de la consecuencia jurídica de la norma sobre el valor probatorio.

Ejemplo:

Primer premisa: Art. 284 del antiguo Código Federal de Procedimientos Penales: si la inspección se práctica con los requisitos de ley, entonces hará prueba plena.

Segunda premisa: En el expediente X, la inspección se practicó con los requisitos de ley.

Conclusión: En el expediente X, la inspección hace prueba plena.

La estructura lógico-formal de lo anterior, al igual que en el área argumentativa anterior, es un *modus ponens*:

$$\begin{array}{l} p \longrightarrow q \\ p \\ \therefore q \end{array}$$

Igualmente, aquí, la estructura del *modus ponens* sirve para justificar con certeza la conclusión señalada: en el ejemplo, la inspección hace prueba plena.

⁴³ Marco Antonio Díaz de León señala que en tal sistema “el legislador de antemano le fija al juez reglas precisas y concretas para apreciar la prueba, que se traducen en una verdadera tasa del pensar del criterio judicial.” *Op. cit.*, nota 10, p. 431

⁴⁴ Jordi Ferrer Beltrán, “La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión”, *op. cit.*, nota 16, pp. 25 y 26.

En esta área, ¿qué sucede si el hecho probatorio no cumple los requisitos legales? Obviamente no hace prueba plena, pero ¿puede constituir un indicio a criterio razonado del juez? En nuestra opinión, la respuesta es afirmativa siempre y cuando satisfaga los requisitos mínimos de admisibilidad, en caso de que existan, como los del artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales.

La justificación externa de esta clase de argumentos consiste en apoyar las dos premisas indicadas: argumentar si, efectivamente, el precepto jurídico señalado significa lo que se indica y que realmente sucedió el hecho probatorio que se regula en el precepto. Esto se traduce, respecto de la primera premisa, en justificar lo siguiente:

- a) La verdad de la descripción de la norma jurídica que, se dice, contiene los requisitos para que una prueba sea plena.
- b) Justificar la interpretación implícita o explícita que se le da a tal norma.

Y en relación con la segunda premisa, justificar que, realmente, la prueba —como premisa fáctica— cumple con todos los requisitos legales y no hay duda de su existencia y fiabilidad.

A continuación, señalaremos ejemplos de argumentos probatorios y falacias dentro del área de la prueba tasada; del agravio de una apelación penal:

La sentencia impugnada le concede valor probatorio pleno a la inspección ocular y fe ministerial del lugar de los hechos, en virtud de que cumplen con las formalidades exigidas por los preceptos correspondientes. Lo anterior causa agravio, porque no determina sobre qué hace prueba plena. Ante el silencio, implícitamente parece como que se prueba el cuerpo del delito y responsabilidad. Esto es incorrecto, tal inspección únicamente puede probar que el lugar corresponde con el de las declaraciones, pero nunca prueba que se realizó la conducta típica ni mucho menos.

El correspondiente resultando de la sentencia de segunda instancia:

Por lo que respecta al sexto agravio expuesto por la recurrente, señala que incorrectamente el *a quo* concedió valor pleno a la inspección ocular y fe ministerial del lugar de hechos, ya que no se determina sobre qué hace prueba plena; agravio el cual esta Sala considera infundado, en virtud de que como acertadamente el *a quo* lo estimó, la diligencia de inspección ocular y fe ministerial del lugar de los hechos, cumple cabalmente sus requisitos de acuerdo a lo establecido por el artículo 274 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Sonora, ya que el citado presupuesto legal señala que las diligencias de inspección judicial y fe ministerial, harán prueba plena dentro de la indagatoria siempre y cuando se practique con los requisitos de ley, que en el caso así sucedió, ya que como acertadamente lo indicó el *a quo*, esta fue practicada con sus requisitos de ley, pues fue practicada por un agente del ministerio público en funciones

de autoridad investigadora, acompañado de su secretario, en donde describieron detalladamente el lugar de los hechos, donde se levantó para tal efecto un acta donde firmaron al calce para constancia, es por tanto que la valoración que el *a quo* le concedió a la multicitada diligencia fue la correcta, resultando infundado el agravio señalado por la recurrente.

Las tres estructuras argumentativas apreciadas se sintetizan así:

1ª. La del *a quo*:

Premisas: Porque tales diligencias cumplieron cabalmente los requisitos del artículo 274 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Sonora, el cual señala que las diligencias de inspección judicial y fe ministerial harán prueba plena dentro de la indagatoria siempre y cuando se practique con los requisitos de ley.

Conclusión: la diligencia de inspección ocular y fe ministerial del lugar de los hechos, hacen prueba plena dentro de la indagatoria.

2ª. La del apelante:

Premisas: Porque al no determinar sobre qué hace prueba plena, implícitamente parece que prueba la conducta típica, cuando tal inspección y fe ministerial únicamente pueden probar que el lugar corresponde con el de las declaraciones.

Conclusión: Causa agravio el conceder valor probatorio pleno a la inspección ocular y fe ministerial del lugar de los hechos.

3ª. La del *ad quem*:

Premisas: Porque como señala correctamente el *a quo*, la diligencia de inspección ocular y fe ministerial del lugar de los hechos, hacen prueba plena dentro de la indagatoria, en virtud de que tales diligencias cumplieron cabalmente los requisitos del artículo 274 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Sonora, el cual señala que las diligencias de inspección judicial y fe ministerial harán prueba plena dentro de la indagatoria siempre y cuando se practique con los requisitos de ley.

Conclusión: El agravio es infundado.

En cuanto al argumento del *a quo*, éste es deductivamente válido desde el punto de vista de la justificación interna, pero erróneo en su justificación externa, respecto de la premisa referida a la norma general. La razón es que no justifica una interpretación literal aislada y de sentido general de la prescripción “la inspección hará prueba plena, siempre que se practique con los requisitos de ley”. Implícita e injustificadamente le aplica el principio de interpretación de “donde la ley no distingue no podemos distinguir”, por lo que si el precepto no especifica literalmente sobre qué hace la inspección prueba plena, entonces se entiende que la hace sobre cualquier hecho aunque no sea inmediata o mediatamente sobre los hechos controvertidos.

En cambio, lo que sí puede justificarse es una interpretación sistemática de “la inspección hace prueba plena” con otros preceptos del mismo Código adjetivo, del sustantivo y del 16 constitucional —respecto de la motivación de las resoluciones—, para concluir que la inspección, así como cualquier otro medio de prueba, debe relacionarse necesariamente —no en mero vínculo situacional—, con la conducta delictuosa con la que se siguió el proceso o con las causas de exclusión del delito. De lo contrario, se trata de una prueba inconducente y, por tanto, inadmisibile.

Además, el argumento del *a quo* comete la falacia no formal de anfibología. Ésta “ocurre cuando se argumenta a partir de premisas cuya formulación es ambigua debido a su construcción gramatical”.⁴⁵ Dado que la expresión “prueba plena” del precepto indicado en el argumento es anfibológica, resulta que, en las premisas, la inspección hace prueba plena de “la descripción detallada del lugar de los hechos” y en la conclusión —tácitamente— hace prueba plena de la conducta típica.

En este mismo contexto, el argumento probatorio del ejemplo es erróneo considerándolo, en sí mismo, como justificación externa. La razón es que falla al sostener una de las premisas del argumento básico de la resolución judicial, cuya justificación interna es la siguiente:

Premisas: [Si la conducta probada de un procesado se adecua al tipo penal, se le debe condenar] la conducta probada X del procesado se adecuó al tipo penal del precepto Z.

Conclusión: Se debe condenar al procesado.

Y la justificación externa:

Premisas: [Si se cumplen los requisitos legales de la inspección ocular y fe ministerial, entonces éstas hace prueba plena] la inspección ocular y fe ministerial en donde se describe detalladamente el lugar de los hechos y se asienta que cumplieron los requisitos legales.

Conclusión: Tal conducta X se probó plenamente.

Pero como la descripción detallada del lugar de los hechos —totalmente confiable— es muy distinta de la conducta típica y ésta no depende en alguno de sus elementos de aquella, entonces es falso que ésta se probó.

Finalmente, la estructura argumentativa del *ad quem* comete la falacia no formal de petición de principio, también denominada “argumento circular”. Esta falacia consiste en “asumir la verdad de lo que uno intenta probar en el intento de probarlo”.⁴⁶ La circularidad se aprecia en que, como el *ad quem* ignora la contraargumentación⁴⁷ del apelante en contra del *a quo*, entonces su conclusión de que el agravio

⁴⁵ Irving Copi y Carl Cohen, *op. cit.*, nota 32, p. 188.

⁴⁶ *Ibidem.* p. 183.

⁴⁷ En cualquier ámbito en que se utilice la argumentación, nunca deben ignorarse las premisas de los contraargumentos.

es infundado se reduce a sostener que el argumento del *a quo* es correcto. Lo cual apoya en la premisa de que ¡el argumento del *a quo* es correcto!

IX. Área argumentativa de la libre valoración probatoria

La libre valoración probatoria⁴⁸ es el sistema que prescribe la Constitución mexicana para el proceso penal acusatorio y oral: Art. 20, III, “Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica”.

Respecto de las reglas que establecen el principio de la libre apreciación de la prueba, Jordi Ferrer indica: “una buena forma de interpretar lo que establecen estas últimas reglas es la de considerar que prescriben al órgano juzgador que evalúe el material probatorio aportado al proceso de acuerdo con las reglas de la racionalidad general”.⁴⁹

Como se indicó, este es el caso en que las normas legales no previenen expresamente determinadas consecuencias para específicos hechos probatorios (la presunción de otros hechos a partir de los primeros o el valor que deben tener tales pruebas), pero pueden existir requisitos legales que deben cumplir las pruebas. Tales requisitos pueden ser desde los más pormenorizados hasta los más sencillos: por ejemplo, el Capítulo V, del Título Sexto del Código Federal de Procedimientos Penales, que regula detalladamente a los testigos. Ejemplo de requisitos mínimos: Art. 206 del mismo ordenamiento: se admitirá como prueba todo aquello que se ofrezca como tal, si es conducente y no vaya contra el derecho.

Si existen tales requisitos, los hechos probatorios deben satisfacerlos, porque solamente si lo hacen pueden ser valorados como prueba.

Marina Gascón Abellán apunta que

Si la prueba es un instrumento de conocimiento y valorar consiste en determinar si, a la vista de las pruebas disponibles, hay razones para dar por verdaderas (o probables en grado suficiente) aserciones sobre hechos relevantes para la decisión, entonces es preciso motivar, aportar las razones que permiten sostener que esas aserciones pueden aceptarse como verdaderas [...] En suma, si la racionalidad de la decisión probatoria ha de

⁴⁸ Marco Antonio Díaz de León indica que “el sistema de la libre convicción o de la libre apreciación de las pruebas está basado en la circunstancia de que el juez al juzgar forme su convicción, acerca de la verdad de los hechos afirmados en el proceso, libremente por el resultado de las pruebas, es decir, empleando las reglas de la lógica, la experiencia y el conocimiento de la vida[...] supone una deducción racional partiendo de datos fijados con certeza”. *Op. cit.*, nota 10, p. 433.

⁴⁹ Jordi Ferrer Beltrán, *op. cit.*, nota 16, p. 25.

ser controlada, es evidente que ese control se proyecta sobre las razones que fundamentan la libre valoración del juez.⁵⁰

En el área argumentativa de la libre valoración probatoria, podemos diferenciar dos clases de argumentos probatorios:

Primera: Se aplica el silogismo jurídico para justificar que las pruebas satisfacen todos los requisitos legales correspondientes en caso de que existan. Pero tales argumentos no tienen como conclusión que se probó o no se probó un hecho controvertido, sino concluyen sobre la admisibilidad de la prueba.

Segunda: No se aplica el silogismo jurídico porque todas las premisas son fácticas.

En la segunda clase de argumentos de libre valoración, a diferencia de las dos áreas anteriores, la premisa general no es la descripción de una norma jurídica o relación de “deber ser”, sino el señalamiento de una teoría causal que, como se indicó, puede ser científica o no, en sustitución, como se argumentó, de las usuales “máxima de experiencia” o “presunción humana”. Esta premisa algunas veces se representará con un enunciado condicional, al igual que en las dos áreas anteriores, y otras, con un enunciado bicondicional.

Otra diferencia entre las premisas generales de las dos primeras áreas y la de ésta (cuando su enunciado es condicional), radica en que, en las primeras —dentro de la argumentación deductiva— el hecho prueba se ubica en el antecedente del condicional que representa el supuesto de la norma jurídica, y el hecho a probar se ubica en el consecuente simbolizando la consecuencia normativa.

Relación de deber ser o norma sobre presunción legal:

(supuesto normativo) $p \longrightarrow q$ (consecuencia normativa)

Hecho PRUEBA:

Hecho a probar:

hecho base de
presunción.

hecho que se presume.

Relación de deber ser o norma sobre prueba tasada:

(supuesto normativo) $p \longrightarrow q$ (consecuencia normativa)

Hecho PRUEBA:

Hecho a probar:

hecho que cumple
los requisitos

hecho plenamente
probado.

En cambio, en el área de la libre valoración probatoria, el símbolo lógico del condicional, “ \longrightarrow ”, al representar una relación o teoría causal, dentro de la argumentación

⁵⁰ Marina Gascón Abellán, *op. cit.*, nota 1, p. 50. Como señalamos al final del apartado “Los elementos del argumento de prueba”, *motivar* no sólo es indicar el hecho que se ubica en el supuesto de la norma aplicada, sino también presentar los argumentos de por qué se considera que un hecho está o no probado. Es decir, *motivar* comprende justificar la valoración probatoria.

abductiva —adelante explicada—, el hecho prueba se ubica en el consecuente del condicional y el hecho a probar, en el antecedente:

Relación causal:

(causa)	$p \longrightarrow q$	(efecto)
Hecho a		Hecho PRUEBA
probar.		indiciaria.

La relación de causalidad apuntada es de suficiencia pero no de necesidad de “p” para “q”, y de necesidad pero no de suficiencia en sentido inverso. Esto se traduce en que si existió el hecho a probar, la causa “p”, necesariamente tuvo que producirse la prueba indiciaria, el efecto “q”, porque la primera es suficiente para el segundo y éste es necesario para la primera. Pero si aparece la prueba indiciaria, el efecto “q”, no necesariamente existió el hecho a probar, la causa “p”, porque ésta no es necesaria para tal efecto y éste no es suficiente para la primera. Todo esto significa que, con base en tal prueba, el hecho a probar sólo es probable.

En cualquier caso, se trate de la probabilidad de las pruebas indiciarias o circunstanciales, o de la certeza de la prueba plena, se pueden aplicar diversos esquemas lógicos según la fuerza probatoria:

En el caso de la prueba indiciaria, cuya conclusión es meramente probable, el esquema es el de la abducción,⁵¹ la cual es una subespecie del razonamiento causal⁵² que, a su vez, es una especie de la inducción.⁵³ La siguiente es la estructura argumentativa del indicio:

Se busca “q” (como todos los posibles hechos que son el efecto —o un medio para conocer el efecto—, del hecho que se busca probar).

Con base en “ $p \longrightarrow q$ ” (alguna teoría causal que vincula el hecho controvertido como causa suficiente pero no necesaria de cierto efecto).

Para probar “p” (como conclusión con alguna probabilidad).

⁵¹ “Peirce ha introducido el término *abduction* o *retroduction* para indicar el primer momento del proceso inductivo, que es el de la elección de una hipótesis que pueda servir para explicar determinados hechos empíricos”. Nicola Abbagnano, *Diccionario de filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007. En un sentido similar, Kalinowski señala al raciocinio reductivo: “Se llama *reductivo* al raciocinio cuya premisa señala un efecto, del que la conclusión indica la causa. Como muchas veces, un mismo efecto puede tener diversas causas, el raciocinio reductivo es, en principio, un raciocinio con conclusión probable”; Georges Kalinowski, *Introducción a la lógica jurídica*, Buenos Aires, EUDEBA, 1973, p. 152.

⁵² “Razonamiento causal. Razonamiento inductivo en el que se infiere algún efecto a partir de lo que se asume que es su causa, o se infiere alguna causa de lo que se asume que es su efecto”. Irving Copi y Carl Cohen, *op. cit.*, nota 32, p. 571.

⁵³ Un argumento inductivo no sólo debe caracterizarse como el que tiene una conclusión probable (porque también los argumentos deductivamente válidos la pueden tener) sino, principalmente, que tiene una conclusión no necesaria en su aceptación aunque aceptemos plenamente sus premisas.

Este es un esquema lógico sin validez deductiva y constituye una conocida falacia formal: la afirmación del consecuente. Como se apuntó en el apartado V de *falacias y paralogismos*, un argumento deductivamente inválido siempre debe rechazarse por tener premisas insuficientes o premisas ocultas a la evaluación; sin embargo, también se indicó que tal argumento se puede transformar en válido si se agrega la premisa faltante, de forma que se pueda valorar su aceptación. En el caso de la abducción, si se le agrega la premisa “si tenemos una teoría causal y un efecto previsto en la misma, entonces tenemos probablemente la causa también prevista en ella”. Premisa que, por supuesto, puede discutirse (aunque en nuestra opinión es aceptable) y que en símbolos lógicos es

$$[(p \longrightarrow q) \cdot q] \longrightarrow p$$

Esto, agregado al esquema de la abducción, resulta:

$$[(p \longrightarrow q) \cdot q] \longrightarrow p$$

q

$$p \longrightarrow q$$

$\therefore p$

Estructura que representa un argumento deductivamente válido —sin quitarle la naturaleza probable a la conclusión— como se puede demostrar con facilidad por deducción natural y que, por tanto, ya no puede rechazarse como falacia.

Sin embargo, si probabilidad es “el grado o la medida de la posibilidad de un acontecimiento”,⁵⁴ entonces parece que, en la argumentación jurídica, si no se logró establecer la verdad de un hecho, debería buscarse, al menos, la alta probabilidad. En este sentido, González Lagier apunta que la conclusión de una inferencia probatoria no puede ser una certeza lógica, sino que siempre será probable como grado de credibilidad. La rechaza como inferencia deductiva, dado que como no podemos estar absolutamente seguros de que las premisas sean verdaderas, tampoco podemos asegurar que lo sea la conclusión.⁵⁵

En nuestra opinión, no es exacto sostener que una inferencia probatoria no puede ser una certeza lógica. Primero, porque como se mostró en los apartados VII y VIII, en donde los argumentos probatorios tienen premisas normativas,⁵⁶ la deducción y,

⁵⁴ Nicola Abbagnano, *op. cit.*, nota 51.

⁵⁵ Daniel González Lagier, *op. cit.*, nota 24, p. 120. Aquí aparece alguna incoherencia del autor citado, porque antes, en la misma página, apunta que “parece razonable pensar que todos estos esquemas de razonamiento [que incluyen a la deducción] pueden usarse, tanto en el proceso de descubrimiento de una nueva hipótesis como en la justificación de la misma”. Es decir, el autor parece aceptar que el juez puede utilizar también la deducción para justificar válidamente una inferencia probatoria, pero que ésta no puede tener una certeza lógica. Lo cual es imposible.

⁵⁶ Y, por tanto, sus conclusiones tienen también sentidos normativos: obligan a presumir un hecho, y obligan a considerar que la prueba es plena.

por tanto, la certeza lógica no sólo es posible sino que es necesaria. Y, segundo, si la razón para no aceptar la certeza lógica, entendida como validez deductiva, radica en que ésta requiere tener la absoluta seguridad de que las premisas son verdaderas, entonces no existe tal obstáculo. De acuerdo con cualquier libro serio sobre lógica formal, la validez deductiva no requiere de tales premisas, inclusive puede presentarse ésta con premisas abiertamente falsas (y la certeza lógica es sobre una contingencia), o bien, presentarse con premisas probables para las que corresponderá la certeza lógica de una conclusión probable.

Respecto a sostener que la conclusión de una inferencia probatoria siempre será probable, hay que considerar que en el mundo jurídico no siempre es así. En materia penal nunca debería condenarse a alguien, sólo con base en un argumento probatorio con el esquema lógico anterior de conclusión probable. Las leyes penales establecen sanciones para quienes cometieron delitos, no para quienes probablemente los cometieron ni siquiera para quienes con alta probabilidad los cometieron. La probable responsabilidad es para ejercer la acción penal (Arts. 134 y 168 del antiguo Código Federal de Procedimientos Penales). Sostener la probabilidad —por alta que sea—, tener una “casi” certeza significa, en un juicio penal, que se acepta judicialmente que el inculcado pudo no cometer el delito y esto hace inaceptable el sancionarlo (*in dubio reus est absolvendus*). Por ello, para condenar penalmente, el juez debe tener una pretensión de certeza —tenerlo por verdadero—, reflejada así en la solidez deductiva de su argumento probatorio, tanto en su justificación interna como en todas sus justificaciones externas.

Jordi Ferrer nos dice que

[...] la finalidad de la prueba como institución jurídica es la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso. Cuando los específicos medios de prueba incorporados al proceso aportan elementos de juicio suficientes a favor de la verdad de una proposición (lo que no debe confundirse con que la proposición sea verdadera), entonces puede considerarse que la proposición está probada. En este caso, el juez debe incorporarla a su razonamiento decisivo y tenerla por verdadera.⁵⁷

En este contexto, el objetivo ideal de la argumentación probatoria para el juez es justificar la verdad de los hechos controvertidos; sin embargo, si esta verdad se tiene que justificar, entonces se puede cuestionar y controlar. Así, por muy justificada que se encuentre una resolución probatoria, siempre cabe la posibilidad argumentativa de que se pueda refutar (si es impugnabile, la refutación puede tener efectos jurídicos; si ya es jurídicamente inimpugnabile, la refutación será política o académica). Si además consideramos que no todas las resoluciones de prueba tienen una óptima justificación, entonces es inaceptable considerar como equivalentes las expresiones

⁵⁷ Jordi Ferrer, *op. cit.*, nota 16, p. 48.

“hecho probado” (que corresponde a tenerlo por verdadero, o sea, la verdad formal) y “hecho verdadero” (que corresponde a la verdad objetiva o material). El segundo concepto sirve de orientación al primero, en su construcción y en su evaluación.⁵⁸

Por otro lado, a diferencia del juez, es cierto que las partes no tienen como finalidad la búsqueda objetiva de la verdad, sino la defensa de sus propios intereses,⁵⁹ pero no por ello el juez evaluará la argumentación probatoria de las partes en función de lo mejor o peor que defienden sus intereses, sino en función de cómo se ajusta a un criterio de verdad objetiva. En atención a esto, las partes deben construir sus argumentos de prueba con la intención de justificar que la verdad, o parte de la verdad, está de su lado.⁶⁰

Como se aprecia, sea del juez o de las partes, el concepto de verdad es un criterio orientador para evaluar la argumentación probatoria.

X. Caminos para justificar la certeza de la conclusión probatoria

Existen los siguientes medios en que, en el área de los argumentos de libre valoración probatoria, se puede justificar la certeza de la conclusión.

1º. El hecho a probar es causa necesaria y suficiente de los hechos probatorios.

En la medida en que mayor número de hechos pudieron haber ocasionado el efecto probatorio “q”, existe menor probabilidad de que el hecho controvertido sea la causa, mayor el carácter circunstancial de las pruebas y mayor la probabilidad de probar lo contrario. A la inversa, en la medida en que menor número de hechos pudieron haber ocasionado “q”, hay mayor probabilidad de que el hecho controvertido sea la causa, menor el carácter circunstancial de las pruebas y menor la probabilidad de probar lo contrario.

Por lo anterior, si sólo una causa pudo tener tal efecto o efectos, entonces es prueba plena. Kalinowski nos dice, que el razonamiento reductivo “da sin embargo una conclusión cierta siempre que el efecto en cuestión sólo puede ser producido por una única causa, y cuando aquél que razona, al descubrirla, se da cuenta de ello”.⁶¹

En tal caso, se justifica cambiar, en la estructura lógica, el condicional “—>” del indicio por el bicondicional “<—>” (que se lee “si y sólo si”) de la prueba plena:

Hecho a probar (causa “p”) <—> Prueba plena (efecto “q”)

⁵⁸ Ver Jordi Ferrer, *ibidem*, p. 34, pie de página, en donde argumenta por qué debe dejar de hablarse de verdad formal y material, y sólo hablar de prueba y de verdad.

⁵⁹ Ferrer apunta “[...] permite a las partes defender sus intereses, que no necesariamente coinciden con el descubrimiento de la verdad, también a través de la manipulación del material probatorio[...];” *ibidem*, p. 20.

⁶⁰ Ver Ferrer, *op. cit.*, nota 16, p. 43.

⁶¹ Georges Kalinowski, *op. cit.*, nota 51, p. 152.

El símbolo “ \longleftrightarrow ” representa una relación causal (la “teoría causal”), tanto de suficiencia como de necesidad entre “p” y “q”. Esto significa que si existió el hecho a probar (la causa “p”) inevitablemente tuvo que producirse la prueba (el efecto “q”), porque el primero es suficiente para la última. Y si aparece la prueba, forzosamente existió el hecho a probar, porque “p” también es necesaria para “q”. Lo cual significa que, con base en tal prueba, existe certeza del hecho a probar.

Ejemplo de tal circunstancia es el de muchos testigos fiables de un hecho fácil de describir. El esquema lógico con certeza deductiva se sintetiza de la siguiente manera:

Se busca “r” (hechos que son el efecto, o un medio para conocer el efecto, del hecho que se busca probar).

Con base en “p \longleftrightarrow r” (una teoría causal que vincula al hecho controvertido como causa necesaria y suficiente de tales hechos-efecto).

Para probar “p” (conclusión con certeza).

Cuando la prueba es efecto únicamente del hecho controvertido (una confesión, por ejemplo) es cuando más cuidado se debe tener en su fiabilidad, porque la construcción de evidencias falsas se centra precisamente en tal clase. Cuando esta clase de prueba es completamente fiable es prueba plena, y puede consistir en un hecho singular (como una huella de ADN) o diversos hechos (como múltiples testigos).

2º. La adminiculación de indicios.

El artículo 286 del antiguo Código Federal de Procedimientos Penales indica que los indicios (en plural) pueden considerarse prueba plena apreciándoles su valor en conciencia.

En la abducción, ante cada uno de todos los indicios (porque todos deben considerarse, y debe buscarse⁶² el mayor número posible de ellos) es necesario hacerse los siguientes cuestionamientos:

¿Es un indicio fiable?, ¿es producto de un error involuntario? (como la confusión de un testigo), ¿alguien tiene algún interés en construirlo falsamente? (como la “siembra” de droga al revisar un vehículo). Además del hecho controvertido, como su posible causa, ¿qué otra causa pudo haberlo ocasionado?, y si existe ésta ¿realmente estamos considerando todas las diversas causas que pudieron haberlo producido?

A mayor número de causas que pudieron haber ocasionado al indicio —además del hecho controvertido— éste tiene menor probabilidad de probar el hecho y, por tanto, existe menor interés de construirlo falsamente; sin embargo, precisamente por lo

⁶² Buscar en lo material, en documentos, en registros tecnológicos y, también, en la memoria de la gente. Siempre con apoyo en nuestra imaginación para orientarnos en las casi infinitas ramificaciones causales.

último es importante dentro de la adminiculación total que puede conducir a la certeza probatoria.

En este contexto, si se acumulan los hechos-efecto, valorados cada uno en su particular fuerza indiciaria, en relación con un hecho por probar, de forma que sea razonable considerar que *solamente* el hecho controvertido pudo haber generado todos y, precisamente, cada uno de esos hechos-efecto —en adminiculación probatoria—, entonces aumenta la probabilidad de la conclusión hasta alcanzar una pretensión de certeza. Aquí se puede hacer un experimento mental: si se considera toda la diversidad de indicios, imaginamos que el hecho a probar (como la posible causa de todos ellos) nunca existió y si, en tal caso, necesariamente desaparecen algunos de ellos, entonces el conjunto de indicios hace prueba plena. En este contexto, al igual que el punto anterior, se justifica cambiar el condicional por un bicondicional, y con el mismo esquema lógico:

Se busca “r” (una amplia diversidad de hechos que son el efecto, o un medio para conocer el efecto, del hecho que se busca probar).

Con base en “p \longleftrightarrow r” (una teoría causal compleja que vincula al hecho controvertido como causa necesaria y suficiente de una amplia diversidad de hechos-efecto).

Para probar “p” (conclusión con certeza).

La adminiculación probatoria es correcta sólo si se estructura el argumento con base en las ideas anteriores. En este sentido, estamos de acuerdo con lo que indica Marina Gascón:

[...] la valoración conjunta [...] no constituye por sí sola justificación alguna; antes al contrario, es una práctica que eventualmente camufla decisiones injustificables o en cualquier caso injustificadas. Ahora bien, la técnica analítica no despreja o prescinde de la valoración conjunta, tan sólo la priva de valor justificatorio si no va precedida de la exposición y valoración individualizada de las pruebas practicadas que, después, se valoran conjuntamente. Por lo demás, la valoración conjunta no sólo no es despreciada, sino que cobra pleno sentido si se tiene en cuenta que la justificación de los hechos dista, por lo general, de ser algo simple.⁶³

Finalmente, consideramos que a la adminiculación de indicios con certeza probatoria se le puede denominar con propiedad “prueba indiciaria” en el sentido de quienes la consideran una prueba autónoma que admite pleno valor probatorio,⁶⁴ y no en el sentido de “prueba indiciaria” que hemos utilizado hasta ahora: como un indicio o evidencia circunstancial de un hecho, es decir, que sólo sustenta su probabilidad.

⁶³ Marina Gascón Abellán, “La prueba judicial: valoración racional y motivación”, *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, Miguel Carbonell et al, México, Porrúa- UNAM, 2004, p. 319.

⁶⁴ Como la tesis antes señalada de Díaz de León. *op. cit.*, nota 10, pp. 726 y 727.

Aunque en tal caso, puede requerir necesariamente otros medios probatorios, previstos en la ley, pero que aisladamente sólo pueden ser circunstanciales.

3º El uso de la reducción al absurdo.

Para Taruffo “se dice que un enunciado fáctico es *verdadero* si está confirmado por pruebas y es *falso* si las pruebas disponibles confirman su falsedad; y *no está probado* si en el proceso no se adquirieron pruebas suficientes para demostrar su verdad o falsedad”.⁶⁵ En relación con la prueba de la falsedad del hecho controvertido, ésta significa —como se indicó en el concepto de prueba que se sigue en este trabajo— la falta del necesario efecto del hecho controvertido en caso de que éste hubiera existido. La reducción al absurdo se ha empleado para probar tal falsedad, aunque también se puede utilizar para la verdad.

Anthony Weston nos dice que

Merece especial atención una estrategia deductiva tradicional, aun cuando hablando estrictamente es sólo una versión del *modus tollens*. Ésta es la *reductio ad absurdum*, es decir, la “reducción al absurdo”. Los argumentos mediante *reductio* (o “prueba indirecta”, tal como se denominan a menudo) establecen sus conclusiones mostrando que la negación de la conclusión conduce al absurdo. No se puede hacer otra cosa, sugiere el argumento, salvo aceptar la conclusión.

Para probar: p.

Se asume: No-p (esto es, que p es falso).

De esa asunción se deriva una implicación: q.

Se muestra: q es falso (contradictorio, estúpido, “absurdo”).

Se concluye: p.⁶⁶

Lo cual aplicado a un argumento probatorio resulta:

Para probar: Juan no cometió el homicidio de Pedro ($\sim p$).

Se asume: Juan sí cometió el homicidio de Pedro (p).

De la asunción se deriva la implicación: Pedro está muerto (q).

Se muestra: Pedro está vivo ($\sim q$).

Se concluye: Juan no cometió el homicidio de Pedro ($\sim p$).

⁶⁵ Michele Taruffo, “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, *Discusiones*, núm. 3, Alicante, 2003, p. 31.

⁶⁶ Anthony Weston, *op. cit.*, nota 31, p. 90.

Cuyo esquema lógico formal, en donde se aprecia la validez deductiva, es el siguiente: para probar $\sim p$ (Juan **no** cometió el homicidio de Pedro), se usa el *modus tollens* que, como apunta Weston, es la estructura de la reducción al absurdo:

$p \longrightarrow q$ (al negarse doblemente p , se afirma p . Si Juan lo mató, entonces Pedro está muerto).

$\sim q$ (Pedro **no** está muerto. Hecho probatorio o prueba).

$\therefore \sim p$ (Se prueba que Juan **no** cometió el homicidio de Pedro).

Por supuesto, la fuerza de tal certeza deductiva depende de la solidez de la teoría causal implicada en su premisa hipotética.

El siguiente es un ejemplo de argumento que utiliza la reducción al absurdo en un juicio penal por violación equiparada:

Se señala a un grupo de personas alrededor del inculpado y de la mujer, observándolos al momento de ocurrir el hecho. Esto constituye un indicio claro de que no existió abuso sexual, porque para que el inculpado hubiera tenido la voluntad de cometer un abuso sexual en contra de una joven, visiblemente indefensa, de nacionalidad estadounidense, huésped del hotel, frente a varios testigos, también de nacionalidad estadounidense y huéspedes del hotel, igual que la joven, y siendo el inculpado un simple empleado del hotel, de nacionalidad mexicana, entonces el inculpado debería, necesariamente, estar buscando suicidarse o al menos conseguir una muy fuerte agresión en su contra. Pero la agresión no ocurrió ni se ha demostrado que tal era la intención suicida del inculpado, lo cual significa que la joven no se encontraba indefensa y que, seguramente, tenía una participación activa en el hecho. Además, también es un indicio de que no hubo abuso sexual que no se inició una averiguación previa en contra de tales espectadores por el delito de participación en violación equiparada ni por el delito de no auxiliar a una persona amenazada de un peligro cualquiera o, al menos, de no dar aviso inmediato a la autoridad.

Así, para probar $\sim p$, es decir, que el inculpado no abusó sexualmente de la joven, se asume $p \longrightarrow q$, o sea, que si el inculpado hubiera cometido tal abuso en las condiciones descritas, entonces hubiera recibido agresiones que lo lesionarían o le privarían de la vida, o bien, se hubiera iniciado una averiguación contra los espectadores por diversos delitos (en esto, se reitera, subyacen ciertas teorías causales de las que depende toda la fuerza del argumento). Se muestra $\sim q$, esto es, que no ocurrió alguna de esas consecuencias. Por tanto, se prueba $\sim p$, que el inculpado no abusó sexualmente de la joven.

Finalmente, para cualquiera de las tres argumentaciones que buscan la certeza lógica, puede apuntarse que si utilizan la descripción de una teoría causal científica como su premisa general, la justificación externa correspondiente es muy sólida.

Respecto de sus premisas referidas al hecho probatorio, tal justificación se orienta a su existencia y fiabilidad.

XI. Conclusiones

- 1^a. “Prueba” es todo hecho cuyo enunciado sirve para justificar, dentro de una estructura argumentativa, mediata o inmediatamente, la verdad, falsedad o probabilidad del enunciado de un hecho o de alguna de sus partes, relacionado con el derecho.
- 2^a. En los argumentos de presunción legal y de prueba tasada, la prueba es parte de un vínculo de imputación jurídica y, por tanto, es un hecho que se ubica en el supuesto de una norma legal al que ésta le imputa determinada consecuencia probatoria.
- 3^a. En los argumentos de libre valoración probatoria, la prueba es parte de una relación de causalidad y significa un efecto o efectos (huellas, rastros, registros, grabaciones, consecuencias, vestigios, memoria) de la ocurrencia del hecho controvertido que es su causa. También “prueba” es la ausencia de tales efectos que necesariamente deberían existir de haber ocurrido el hecho o la intención. Afirmar que la prueba es mucho más que el efecto o resultado de un acto, que es su causa, porque todo ello junto con su modo de operar, es el objeto de la prueba, conduce a la confusión entre hecho controvertido (que ya implica el modo de operar) y pruebas; produce incertidumbre en la concepción de “prueba” (porque si no es un efecto o siéndolo, es “mucho” más que eso, sin decirlo, ¿qué es entonces?, ¿hechos fuera del mundo causal o hechos medio causales?); y, por ende, lleva al subjetivismo de los argumentos probatorios en consonancia con el uso de máximas de experiencia y presunciones humanas.
- 4^a. La función de los conceptos de justificación interna y externa, dentro de la teoría argumentativa, es facilitar la identidad de un argumento y poder diferenciarlo con otros estrechamente relacionados con el primero, lo cual es útil en la construcción y evaluación de cualquier argumento.
- 5^a. El argumento probatorio, cuyo análisis de justificación interna es fundamental, nunca puede dejar de analizarse también como justificación externa: su conclusión necesariamente debe coincidir con la premisa fáctica (hecho concreto probado) del argumento inmediato con el que una autoridad resuelve jurídicamente.
- 6^a. Con la aplicación del esquema de Stephen Toulmin en la argumentación probatoria persisten problemas de justificación externa: su “garantía” sólo permite inferir la pretensión de las razones y el respaldo justifica la verdad o falsedad de la garantía, pero ninguno de los dos justifica la verdad o falsedad de las razones.

- 7^a. El problema de los conceptos procesalistas de “máximas de experiencia” y el de “presunciones humanas” no es que sean más complejos que los de “documentos” o “testigos”, sino que son oscuros. Por ello, el de “teoría causal” (sea científica, consuetudinaria o personal) que explica un objeto en función de la causalidad, contribuye con menos vaguedades en la construcción de argumentos probatorios, además de que se encuentra en vinculación estrecha con el concepto de prueba propuesto en este trabajo.
- 8^a. En el argumento de presunción legal, la primera premisa es la descripción de una norma jurídica que establece una presunción jurídica; la segunda premisa es la descripción de un hecho concreto que se ubica en el supuesto de la norma descrita y su conclusión es la presunción del hecho establecido en la consecuencia de la norma descrita.
- 9^a. Cuando la prueba es efecto únicamente del hecho controvertido (una confesión, por ejemplo) es cuando más cuidado se debe tener en su fiabilidad, porque la construcción de evidencias falsas se centra precisamente en tal clase. Si esta clase de prueba es completamente fiable es prueba plena, y puede consistir en un hecho singular (como una huella de ADN) o diversos hechos (como múltiples testigos).
- 10^a. A la adinmiculación de indicios con certeza probatoria se le puede denominar con propiedad “prueba indiciaria” en el sentido de quienes la consideran una prueba autónoma que admite pleno valor probatorio; y no en el sentido de “prueba indiciaria” como un indicio o evidencia circunstancial de un hecho, es decir, que sólo sustenta su probabilidad.
- 11^a. La reducción al absurdo en materia probatoria parte, como primer premisa, de una relación de causalidad entre el hecho a probar y el necesario efecto como hecho probatorio; como segunda premisa, la negación de tal efecto y, como conclusión deductivamente necesaria, la falsedad del hecho.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Abbagnano, Nicola. *Diccionario de filosofía*. México, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- Alexi, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- Atienza, Manuel. *Bioética, derecho y argumentación*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2004.
- Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. México, Fontamara, 2004.
- Bunge, Mario. *Diccionario de filosofía*. 4^a ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 2007.

- Copi, Irving y Cohen, Carl. *Introducción a la lógica*, México, Limusa, 2011.
- Couture, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. México, Editora Nacional, 1981.
- Díaz de León, Marco Antonio. *Tratado sobre las pruebas penales*. 5ª ed., México, Porrúa, 2000.
- Fairén Guillén, Victor. *Teoría general del derecho procesal*. México, UNAM, 1992.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 5ª ed., Madrid, Trotta, 2001.
- Ferrer, Jordi. “La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión”. *Estudios sobre la prueba*. México, Fontamara, 2008.
- Gascón Abellán, Marina. “Concepciones de la prueba. Observación a propósito de Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. De Michele Taruffo”. *Doxa, Discusiones* [publicaciones periódicas], núm. 3, Alicante, Universidad de Alicante, 2003.
- . “La prueba judicial: valoración racional y motivación”. *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*. Miguel Carbonell et al., México, Porrúa- UNAM, 2004.
- González Lagier, Daniel. “Argumentación y prueba judicial”. *Estudios sobre la prueba*, México, Fontamara, 2008.
- Gutiérrez y Gonzáles, Ernesto. *Derecho de las obligaciones*. 8ª ed., México, Porrúa, 1991.
- Ibañez, Perfecto Andrés. “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”. *Doxa*, no. 12, Alicante, Universidad de Alicante, 1992.
- Kalinowski, Georges. *Introducción a la lógica jurídica*. Buenos Aires, EUDEBA, 1973.
- Klug, Ulrich. *Lógica jurídica*. Bogotá, Temis, 1990.
- Larios, Rogelio y Caballero, Lucila. *Las directivas de interpretación jurídica*. México, Fontamara, 2011.
- Natarén, Carlos y Ramírez Beatriz. *Litigación oral y práctica forense penal*. México, Oxford, 2011.
- Rojas Amandi, Víctor Manuel. *Argumentación jurídica*, México, Oxford, 2010.
- Rottenberg, Annette. *Elements of Argument*, New York, St. Martin's Press, 1988.
- Searle, John. *Actos de habla*. 6ª ed., Madrid, Cátedra, 2007.
- Taruffo, Michele. “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, *Discusiones*, núm. 3, Alicante, Universidad de Alicante, 2003.
- . *La prueba de los hechos*. 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005.
- Toulmin, Stephen et al. *An Introduction to Reasoning*. New York, Macmillan, 1979.
- Weston, Anthony. *Las claves de la argumentación*. Barcelona, Ariel, 2008.
- Wróblewski, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. México, Fontamara, 2001.