

**LA FUNCIÓN DE LOS CRITERIOS DE PROBABILIDAD
EN EL ÁMBITO JURÍDICO**

Laura Miraut Martín

*Profesora Titular Interina de Filosofía del Derecho.
Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.*

SUMARIO:

- I. CONOCIMIENTO CIENTIFICO JURIDICO E HIPOTESIS DE PROBABILIDAD
- II. LA APLICABILIDAD JURIDICA DE LA NOCION DE PROBABILIDAD
 - 2.1 Noción de probabilidad
 - 2.2 El ámbito jurídico de la probabilidad
- III. PROBABILIDAD Y DETERMINACION DEL DERECHO VIGENTE
- IV. LA PROBABILIDAD EN LA DETERMINACION DE LOS SUPUESTOS DE HECHO JURIDICAMENTE RELEVANTES
- V. LA PROBABILIDAD EN LA DETERMINACION DE LOS HECHOS QUE SE DAN POR JURIDICAMENTE CIERTOS

I. CONOCIMIENTO CIENTIFICO JURIDICO E HIPOTESIS DE PROBABILIDAD

Los intentos de fundamentar científicamente al derecho chocan con un obstáculo insuperable si se parte de un concepto demasiado restringido de ciencia. En el mundo del derecho es absolutamente ilusorio buscar los principios de exactitud y de verificación que caracterizan a las ciencias naturales, porque al intervenir la actividad humana en cada uno de los procesos jurídicos sus resultados se hacen impredecibles. El proceso de creación del derecho puede conducir a resultados insospechados porque las normas jurídicas las hacen hombres con intereses y con criterios de valor muy diferentes, que además no se pueden adivinar de antemano. Los procesos de interpretación y aplicación del derecho se supone que deben acogerse a los dictados de la regulación jurídica pero el significado de las normas jurídicas lo fijan los propios jueces que son también quienes deciden que los hechos que se les presentan encajen en una previsión normativa o en otra. El resultado del proceso de obediencia al derecho o de seguimiento de las normas jurídicas por parte de los ciudadanos es también una incógnita porque nadie puede saber de antemano si una determinada norma va a ser obedecida por un ciudadano cualquiera, y, si lo va a ser efectivamente, cuál es el significado que el que obedece la norma le atribuye a ésta, es decir, cuál es el mandato normativo concreto que él mismo decide obedecer en el caso.

Sin embargo, lo impredecible de los resultados de todos estos procesos jurídicos no impide que hoy en día esté muy aceptada la idea general de que el derecho es una ciencia, aunque sea de un tipo muy diferente a las ciencias naturales¹.

¹ Hay que señalar, sin embargo, que en la actualidad el debate sobre el carácter científico del conocimiento sobre el derecho puede considerarse como un debate fundamentalmente abierto. En él se ofrece a la idea general de que el conocimiento del derecho es una ciencia las alternativas de que se presenta como una técnica o de que constituye una tecnología. Una manifestación reciente de este debate ha tenido lugar en las páginas del número 3 de la revista DOXA (1986), entre Roberto Vernengo y Manuel Atienza. El debate partía de la exposición de Manuel Atienza, *Introducción al derecho*, Editorial Barcanova, Barcelona, 1985, págs. 274 y ss. Su desarrollo en Roberto J. Vernengo, "Ciencia jurídica, técnica política: Es posible una ciencia del derecho?", en DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 3, 1986, págs. 289 y ss.; Manuel Atienza, "Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo", en op. ult. cit., págs. 297 y ss., y Roberto J. Vernengo, "Réplica a la respuesta de M. Atienza",

Esto es así en parte porque al ser normalmente los juristas los que estudian el derecho² es muy fácil sucumbir a la tentación de atribuir al derecho esa "especie de timbre de honor"³ que supone calificar como científica a cualquier actividad, en este caso a la actividad cognoscitiva sobre el objeto de su actividad profesional. Pero en parte también porque los procesos jurídicos y, por consiguiente también los resultados a que conducen los procesos jurídicos, son datos de la experiencia, lo que permite al conocimiento del derecho beneficiarse del prestigio que generalmente se atribuye a los conocimientos que operan sobre datos empí-

en *op. ult. cit.*, págs. 313 y ss. Muy recientemente se ha incorporado al debate Enrique P. Haba, "Sobre el derecho como técnica o tecnología. Apostillas a una polémica entre dos visiones científicas sobre las posibilidades del discurso jurídico", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núms. 17-18, 1995, págs. 491 y ss. Una exposición general de una parte de esta polémica puede encontrarse en Encarnación Fernández, "Sobre los saberes jurídicos. Ciencia del derecho, ciencias jurídicas, sociología del derecho, filosofía del derecho", Apéndice a Javier De Lucas (editor), *Introducción a la Teoría del Derecho*, Valencia, 1992, págs. 409-412.

- 2 Esto no quiere decir que no pueda admitirse un conocimiento externo del derecho, esto es, un análisis del derecho realizado por quienes no tienen la condición de jurista ni están preparándose para acceder a ella. Pero en general el derecho es un mundo muy cerrado en sí mismo que como dice Luis Prieto, "Aproximación al concepto de derecho. Nociones fundamentales", en Jerónimo Betegón-Marina Gascón, Juan Ramón de Páramo, Luis Prieto, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1997, pág. 4, "tiene algo de arcano e indescifrable".

Su conocimiento profundo requiere una formación especializada en la complejidad de su objeto sobre todo en lo que concierne a su estructura, al significado de sus elementos y al procedimiento que lleva al dictado de la decisión jurídica. Esta rigidez se presenta también en relación a los análisis del derecho como hecho social que se manifiesta en su evolución temporal (historia del derecho) y en su integración en el marco global de los hechos sociales (sociología del derecho) porque se supone que en ambos casos, para saber cómo opera el derecho en el conjunto de la vida social y para comprender el sentido de su evolución, es necesario conocer previamente en qué consiste la realidad jurídica. Algunos estudiosos del hecho social que constituye el derecho subrayan, sin embargo, la necesidad de disponer de un conocimiento preciso del marco general en el que se presenta el derecho para captar el papel que representa en él, tanto si se trata del marco histórico como del marco social. En estos casos el derecho no es el centro de atención, no es ya estudiado como un hecho que se da en la historia y en el conjunto de los demás hechos sociales, sino como un elemento más, entre otros, que ayuda a comprender la historia general y el conjunto de los fenómenos sociales. Asumiendo así la clasificación del conocimiento jurídico científico que realiza Benito De Castro Cid, "Teoría del Derecho", en Antonio Fernández Galiano-Benito de Castro Cid, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Editorial Universitas, Madrid, 1995, págs. 247 y ss., entre las ciencias jurídicas normativo sistemáticas, las ciencias jurídicas lógico-sistemáticas y las ciencias jurídicas fáctico-sistemáticas puede decirse que, en líneas generales, los dos primeros tipos de la clasificación tienen la condición de conocimiento interno del derecho, mientras que el tercer tipo la tiene sólo de conocimiento prioritariamente interno.

- 3 Carlos Santiago Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, Universidad Nacional Autónoma de México, U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, págs. 12-13: "La palabra ciencia tiene, como muchas otras, al lado de su significado cognoscitivo, cuyas dificultades acabamos de analizar, un significado emotivo definido. Su aplicación a una actividad despierta reacciones claramente favorables en la gente. Es una especie de timbre de honor que se le otorga a una actividad... Las actividades que entran en el núcleo central de la denotación de esta palabra son objetos de admiración y reverencia; esa reacción favorable se transmite de esas actividades a la palabra ciencia y luego a cualquier otra actividad que se abarque con ese nombre. No es dudoso entonces que las controversias acerca del carácter científico de una actividad no son meras disputas verbales sino que encubren una fuerte y angustiosa discrepancia sobre la jerarquía, transcendencia y utilidad de esa actividad, y sobre la posición social de los que la ejercen".

En un sentido semejante señala Albert Calsamiglia, *Introducción a la ciencia del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1990, pág. 66, que: "Una tesis científica sugiere respeto. El término ciencia aparte de su significado descriptivo provoca reacciones emotivas positivas. La pregunta por el estatuto científico de la jurisprudencia se hace con el objetivo de condecorarla o de condenarla".

ricos⁴. La ciencia jurídica es, en cierto modo, una ciencia empírica en el sentido de que versa sobre hechos de distinta naturaleza como son las normas jurídicas, los comportamientos humanos que son objeto de regulación por parte de las normas jurídicas, las circunstancias que toman éstas en consideración a la hora de atribuir las consecuencias jurídicas a las conductas que vulneran el orden jurídico, o que se consideran conformes con el mismo, las acciones que llevan a la integración de cada una de las normas en el ordenamiento jurídico, el propio hecho del poder de dictar las normas, de crear derecho, en definitiva, etc⁵. Estos hechos no son asimilables directamente a los hechos que se toman en consideración al describir simplemente acontecimientos⁶, precisamente porque son hechos que deben ser entendidos en el contexto de la explicación jurídica, como hechos cuya manifestación adquiere un sentido jurídico propio en la perspectiva específica de la norma jurídica que los contempla⁷. Los hechos se producen, desde luego, en el terreno fáctico, de los acontecimientos que se dan en el mundo de la naturaleza y como tales pueden ser objeto de observación, medición y verificación pero el sentido que ellos adquieren como elementos componentes de la realidad jurídica no puede ser aprehendido en su totalidad con los simples instrumentos de análisis propios de las ciencias de la naturaleza. Porque el sentido de los hechos contemplados en los enunciados normativos e incluso el sentido de los hechos que dan origen a las normas jurídicas no tiene una realidad física que pueda ser percibida de manera tangible en el mundo fáctico-natural sino que requiere otro tipo de consideraciones. Las consideraciones que hacen de la ciencia jurídica un conocimiento de carácter no exclusivamente empírico ni experimental⁸.

4 Roberto J. Vernengo, *Investigación sobre la naturaleza del conocimiento jurídico*, Cooperadora de derecho y ciencias sociales, Buenos Aires, 1973, págs. 9-10, resalta certeramente la influencia del prestigio del conocimiento empírico sobre la metodología de la ciencia del derecho con estas palabras: "Tener al derecho (tanto al abstracto ente al que dice dedicar sus esfuerzos la teoría general del derecho y la jurisprudencia filosófica, como los concretos ordenamientos jurídicos nacionales que estudian las ciencias dogmáticas corrientes) como objeto de un conocimiento científico empírico presupone que algún tipo de experiencia se da del hecho del derecho; presupone que el derecho y sus avatares son hechos. Ciertamente es que tesis semejante no es por lo común expresa... Resulta, sin embargo, que tan grande es el prestigio de todo conocimiento que pueda fundarse en la experiencia, que aun los científicos que se mueven dentro de un racionalismo normativo estricto no sólo dejan resquicios en sus construcciones para ciertos datos que reconocen como puramente empíricos, sino que pretenden para sus teorías una validez teórica no menor que la reconocida a las ciencias de hechos".

5 Gregorio Peces Barba, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1983, págs. 296-297, señala a este respecto que las reglas de comportamiento que componen el objeto de la ciencia del derecho "se refieren a comportamientos reales, susceptibles de conocimiento empírico, de experiencia, que son su contenido formado por vida humana social, y en última instancia su origen y su fundamento es un hecho empírico, el hecho del poder, que llamamos hecho fundante básico. Por esa razón debemos situar a la ciencia del Derecho entre las ciencias empíricas y no entre las ciencias formales".

6 Roberto J. Vernengo, *Investigación sobre la naturaleza del conocimiento jurídico*, cit., pág. 10.

7 En este sentido señala Gregorio Peces Barba, *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., pág. 293, que "lo que diferencia al derecho de otras ciencias que se refieren a comportamientos es que los estudia desde las normas que los regulan, y no, al menos en la mayor parte de los supuestos, directamente".

8 Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción al castellano de Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, 1980, pág. 185, destaca esta idea con las siguientes palabras: "Los enunciados sobre la validez (o no validez), así como sobre el contenido (contenido de sentido) de las normas jurídicas, no son enunciados sobre hechos perceptibles, accesibles a la observación y experimentalmente

En este punto la respuesta al enigma del carácter científico o no científico del tipo de conocimiento que habitualmente se reconoce como ciencia del derecho relativiza considerablemente la importancia que se le suele atribuir por parte de los estudiosos del derecho. En un mundo que se plantea ya directamente si "¿existe una concepción científica de la ciencia?"⁹ o si "¿es todavía científica la ciencia?"¹⁰ preguntarse por la científicidad de la ciencia del derecho supone únicamente reconocer que hay un saber jurídico, un tipo de conocimiento que toma por objeto al derecho, que goza de un reconocimiento suficientemente amplio para asumir, al menos entre la comunidad de los juristas, semejante denominación lo cual es ajeno por completo a cualquier consideración de orden cognoscitivo¹¹. Pero ello no supone que este saber disponga de propiedades esenciales que permitan esta caracterización, porque no puede decirse que existan propiedades peculiares de la ciencia¹² al ser éste un atributo radicalmente relativo, que no permite la realización de afirmaciones tajantes acerca del carácter científico o no científico de los diferentes tipos de conocimiento¹³.

corroborables. Para la elaboración de una ley se requieren también ciertamente determinados sucesos perceptibles: tienen que reunirse los miembros de la asamblea legislativa y otorgar su aprobación o desaprobación; tienen que contarse los votos y tiene que constatarse la mayoría. Pero todo ello es sólo el aspecto externo de un suceso cuya relevancia jurídica sólo resulta de si tiene el sentido (para aquellos que han participado en él y para aquellos a quienes se dirige) de ser un acto de legislación. Sólo cuando el observador ha captado este sentido del suceso, lo que únicamente es posible sobre la base de una experiencia jurídica ya existente, puede plantear la pregunta ulterior con la que la mayoría de las veces comienza la actividad de los juristas: la de si este acto y su contenido (la ley aprobada) cumple todas las condiciones establecidas en la Constitución para que una ley sea válida. La respuesta (afirmativa o negativa) a esta pregunta no es el resultado de una observación fáctica, sino el resultado de un examen normativo en el cual el suceso comprendido ya en el sentido intentado (el sentido del acto) ha de ser medido por el sentido de las normas al efecto competentes, que, por su parte, se presuponen válidas, y enjuiciado de acuerdo con ello".

9 Albert Calsamiglia, *Introducción a la ciencia del derecho*, cit., pág. 65.

10 Andrés Ollero Tassara, *¿Tiene razón el derecho?. Entre método científico y voluntad política*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, pág. 39.

11 Albert Calsamiglia, *Introducción a la ciencia del derecho*, cit., pág. 67: "Discutir si la jurisprudencia es una ciencia o no puede tener interés desde el punto de vista político como ataque o defensa del poder de la comunidad dogmática. Ahora bien, desde el punto de vista cognoscitivo carece de interés. El impulso de una investigación viene determinado por el rendimiento explicativo y no por la definición".

12 Aunque sí puede hablarse de propiedades que son más comúnmente interpretadas como propiedades que acompañan a los saberes científicos y, en este sentido, con mayor o menor intensidad, en cualquier caso de manera no necesaria, caracterizan a éstos. Así, por ejemplo Andrés Ollero Tassara, *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, cit., pág. 39, señala que: "Para el hombre de la calle hablar de ciencia equivale hoy a hablar de verdad, certeza, exactitud, sentido crítico, eficacia... Se ha acostumbrado a ver en el científico al hombre mayor de edad, capaz de dominar su propio destino y de ofrecer a sus iguales un mañana siempre mejor". También Albert Calsamiglia, *Introducción a la ciencia jurídica*, cit., págs. 65-66: "Se puede hablar de propiedades que suelen acompañar a los saberes científicos pero no necesariamente. Por ejemplo, una disciplina que observe, experimente, mensione, haga generalizaciones abstractas, puede ser considerada científica con sólidos argumentos en su favor. Pero es fácil encontrar contraejemplos. La geometría no experimenta, la matemática no contrasta con la experiencia y, sin embargo, las consideramos ciencias. En el campo de las ciencias factuales, el recurso, en última instancia, a la experiencia se considera condición necesaria aunque no suficiente".

13 En este sentido señala Albert Calsamiglia, op. ult. cit., págs. 66-67, que: "El término ciencia tiene una zona de uso indubitado y una zona de penumbra. Por ejemplo la física corresponde a la primera zona, mientras que la dogmática a la segunda. La distinción entre ciencia y no ciencia no es clara. No existe un criterio que permita establecerla de una vez por todas. En el caso de que se utilice uno tendrá carácter dogmático o convencional... Creo que la distinción entre ciencia y no ciencia no es rígida, y que la diferencia es de grado".

Por otro lado, la autosuficiencia de los estudiosos del derecho desde la perspectiva de la dogmática jurídica les ha llevado con mucha frecuencia a ignorar la existencia de cualquier otro método de conocimiento del derecho que pudiera merecer, con tanta o mayor legitimación que la dogmática jurídica, el calificativo de científico. La teorización de la pureza del derecho ha desembocado así en la caracterización como saber científico por excelencia de un tipo de conocimiento sobre el derecho ajeno a las propiedades más comúnmente reconocidas a la ciencia que sí se dan, sin embargo, o por lo menos sí se dan en mayor medida en otros métodos diferentes de conocimiento del derecho, como la sociología jurídica, la historia del derecho, la antropología jurídica, etc¹⁴.

En todo caso, sea como sea, admítase o no la posibilidad de otras ciencias jurídicas distintas a la jurisprudencia que pudieran reivindicar con la misma legitimidad el título científico, lo cierto es que la jurisprudencia resulta habitualmente caracterizada como ciencia del derecho y que la inevitable aceptación, tal como antes proponíamos, de un concepto relativo o gradual de ciencia hace perfectamente admisible esta caracterización. Pero la peculiaridad que supone la incorporación como uno de los hechos del derecho de la idea de sentido jurídico de cada uno de los hechos que se toman en consideración o participan en la creación de las normas jurídicas proporciona a la ciencia del derecho una identidad absolutamente singular entre todos los demás tipos de conocimiento que han merecido el calificativo de científicos al estar excluida de ella cualquier consideración numérica o cuantificable. Esta idea fue vista certeramente por Karl Larenz al señalar que: "Las cuestiones relativas al sentido no pueden contestarse ni mediante la observación experimental ni mediante la medición o numeración. La jurisprudencia no trata de lo cuantificable. Quien vea el signo distintivo de la ciencia en que ésta procure elaborar sus objetos de tal modo que éstos sean medibles, y, debido a ello, los resultados de la ciencia sean matematificables, tiene que excluir de antemano del campo de las ciencias a la jurisprudencia, pero también a muchas otras ciencias, que no proceden, o no exclusivamente, a la manera de las ciencias naturales" ¹⁵. En un sentido semejante se ha manifestado también dentro de la filosofía del derecho española Marcelino Rodríguez Molinero cuando indica que: "La ciencia del derecho es por tanto una verdadera ciencia aunque no verse sobre hechos, sino sobre normas. El gran fallo de la argumentación consiste en aceptar el concepto positivista de ciencia y en consecuencia estimar que sólo puede existir verdadera ciencia sobre hechos constatables por la experiencia, y no en cambio sobre ideas, sobre valores, sobre normas. Pero la ciencia no puede ser reducida a lo cuantificable, medible y numerable. Quien esto hiciera tendría que excluir del campo de las ciencias a la mayoría de éstas y más concretamente a las llamadas cien-

14 En este sentido Oscar Correas, *Metodología jurídica. Una introducción filosófica*, Editorial Fontamara, México, 1997, pág. 163: "Los filósofos analíticos, en la búsqueda de la certeza en la descripción de normas, han llegado a suponer que la llamada dogmática jurídica es la única ciencia posible respecto del derecho. Les asusta la posibilidad de otras ciencias. Y, mucho más aún, la sola sospecha de que, para describir una norma, sea necesario, precisamente, hacer alguna observación empírica, sociológica... El temor a la contaminación de la pureza de su pretendida ciencia, con observaciones de la realidad, es tanto más extraña cuando su convicción es positivista; esto es, comprometida con la realidad".

15 Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., pág. 186.

cias sociales, que tienen como objeto de estudio la conducta humana en cuanto tiene sentido" ¹⁶.

Al ser los hechos que toma en consideración y que integran el derecho hechos de naturaleza especial por llevar incorporada la idea del sentido jurídico, no pueden ser verificados en el sentido que lo pueden ser los hechos del mundo natural. En esto no se diferencia, ciertamente, la llamada ciencia del derecho de las demás ciencias sociales, que quedan igualmente excluidas de la aplicabilidad de criterios de verificación absolutos. Pero en el caso de la ciencia jurídica esta imposibilidad se hace aun más patente por la complejidad que supone el fenómeno jurídico en el que no sólo entran en juego actos volitivos del hombre sino también acontecimientos naturales que son tomados en consideración a la hora de formular la previsión normativa correspondiente. Se puede en este sentido concluir con Ernesto Grün y Martín Diego Farrell que aunque la idea de verificabilidad resulta desde luego inaplicable en sí misma a los diferentes tipos de conocimiento que se engloban bajo la denominación común de ciencias sociales, también "es indudable que la que ha estado más alejada de un intento serio de elaboración de criterios de verificación adecuados ha sido la ciencia jurídica" ¹⁷.

Ahora bien, una cosa es pensar que la ciencia del derecho no puede operar exclusivamente con criterios estrictos de verificación o de cuantificación y otra muy distinta entender que éstos no puedan ser elementos que haya de tener en cuenta en el desarrollo de su función. De hecho, algunos científicos del derecho fundamentan en la profecía de lo que harán los tribunales su propio concepto de derecho, la tipificación de las situaciones jurídicamente relevantes se realiza teniendo en cuenta la probabilidad de que tales situaciones puedan conducir a resultados no queridos y la valoración de la prueba de los hechos termina en muchos casos constituyendo una cuestión relativa a la probabilidad de que los hechos que se dan por probados hayan sido efectivamente realizados por la persona a la que se le imputan.

En definitiva, la idea de probabilidad se presenta en el mundo del derecho en al menos tres ámbitos diferentes: el del concepto del derecho, el de la tipificación de los hechos jurídicamente relevantes y el de la prueba de los hechos que haya de tomar en consideración el juez a la hora de dictar su sentencia en el caso que le ocupa. En todos estos ámbitos se trata de elaborar hipótesis que probablemente han de suceder (probablemente resolverá el juez el litigio al que debe enfrentarse en un determinado sentido, probablemente habrían de producir los hechos tipificados como jurídicamente relevantes los resultados no deseados por la comunidad jurídica y probablemente habrá realizado el sujeto al que se le imputan los hechos que se consideran definitivamente probados). Evidentemente estas hipótesis no presentan el grado de verificabilidad que se da en la consideración del mundo físico. Pero, en

16 Marcelino Rodríguez Molinero, *Introducción a la ciencia del derecho*, Librería Cervantes, Salamanca, 1991, pág. 150.

17 Ernesto Grün-Martín Diego Farrell, "Problemas de verificación en el derecho", en AA.VV., *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1976, pág. 56.

realidad, al científico en general le resulta muy difícil mantenerse siempre en el plano de la estricta verificación porque en muchas ocasiones elabora sus hipótesis aun no demostradas sobre la base que no es más que una cierta "apariencia de probabilidad" ¹⁸. Por tanto, en este sentido la función de la denominada ciencia del derecho a la hora de analizar el concepto de derecho, los supuestos de hecho jurídicamente relevantes y el proceso de prueba de los hechos acaecidos en relación a las controversias jurídicas no se diferencia en lo esencial de la función que cumplen otros saberes a los que se les viene reconociendo habitualmente la condición de saberes científicos. Porque en última instancia, al igual que sucede en otros campos de conocimiento, también el derecho suele operar con hipótesis de probabilidad, aunque su verificación comporte en el caso del derecho un nivel de dificultad especialmente elevado.

Nuestro propósito en las páginas que siguen va a ser exponer el modo en que la idea de probabilidad actúa en los tres ámbitos del mundo jurídico que hemos señalado. Para poder hacerlo adecuadamente tendremos, sin embargo, que fijar nuestra atención previamente en la propia noción de probabilidad.

II. LA APLICABILIDAD JURIDICA DE LA NOCION DE PROBABILIDAD

2. 1 Noción de probabilidad

La noción de probabilidad se sitúa entre las ideas de necesidad y de imposibilidad. Para que algo pueda ser calificado como probable es preciso que ese algo no tenga carácter necesario porque si así fuera no estaríamos ante el supuesto de que algo probablemente fuera a suceder, sino en el supuesto de que ese algo fuera a suceder con carácter inevitable, con absoluta seguridad. Al mismo tiempo si no existiera la más mínima probabilidad de que el acontecimiento o el juicio que calificamos como probable pudiera tener lugar, la misma idea de probabilidad quedaría absolutamente excluida, no tendría ninguna posibilidad de existencia.

Ahora bien, entre las ideas de imposibilidad y de necesidad hay un campo muy amplio que no es ocupado en su totalidad por la idea de probabilidad. Por el hecho de no resultar un acontecimiento o un juicio imposibles ni necesarios no se convierten automáticamente en acontecimientos o en juicios probables. Sí se convierten, en cambio, en acontecimientos o en juicios posibles. En este sentido puede decirse que lo probable anida en el ámbito de lo posible. El concepto de posibilidad es así un concepto más amplio que el de probabilidad, es, en definitiva, el presupuesto para que pueda darse la misma idea de probabilidad. La probabilidad constituye, por consiguiente, una posibilidad cualificada, una posibilidad que requiere una condición adicional. En este punto se impone la necesidad de determinar el sentido preciso de la idea de posibilidad para deslindarlo adecuadamente de la idea de probabilidad en tanto que posibilidad cualificada.

¹⁸ Luis García San Miguel, *Notas para una crítica de la razón jurídica*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1985, pág. 32.

Para determinar el significado del concepto de posibilidad es conveniente partir de la distinción entre el aspecto lógico y el aspecto ontológico de dicho concepto. Es ésta, sin embargo, una distinción que en ocasiones no resulta fácil de establecer. Si bien es cierto que en principio parece bastante clara si se admite que la idea de posibilidad en su aspecto lógico se refiere a enunciados en tanto que la idea de posibilidad en su aspecto ontológico se refiere a entidades¹⁹, las cosas se complican cuando se comprueba que la existencia a la que alude el aspecto ontológico de la posibilidad puede también ser una existencia de determinadas propiedades o características de tales entidades, lo que nos llevaría a situarnos inmediatamente en la perspectiva lógica del problema de la posibilidad²⁰. Obviamente, las dificultades que conlleva esta distinción pueden también superarse señalando en cada caso en qué sentido se dice que algo es posible²¹, haciendo con ello evidente el aspecto de la posibilidad al que nos referimos.

El aspecto ontológico de la posibilidad ha sido destacado por muchos autores que han analizado las relaciones que median entre la realidad y la posibilidad. De ellos algunos han señalado que la realidad se inserta dentro del marco de la posibilidad, significando de este modo "mínimamente que algo es real si y sólo si es posible, y máximamente que la realidad es una especificación y, por así decirlo, una coagulación de la posibilidad", mientras que otros sustantivizan la idea de la realidad, subrayando que "en todo caso, lo posible es visto desde el punto de vista de algo real o, si se quiere, sólo cuando algo es real puede hablarse de que ha sido posible" ²².

Por otro lado, se ha destacado también la vinculación entre las nociones de posibilidad y de contingencia en el sentido de que "en todo caso, lo posible es una de las dimensiones de lo contingente, en tanto que algo es contingente cuando es posible que sea y es posible que no sea en la gran mayoría de los casos es posible que vaya a ser y es también posible que no vaya a ser" ²³. A partir de ahí la noción de posibilidad se plantea en cierto modo en términos de potencialidad según la clásica definición aristotélica que José Ferrater Mora entiende, acertadamente en nuestra opinión, que conduce a una solución circular: "algo es posible si al pasar al acto del cual se dice que este algo tiene la potencia no resulta de ello ninguna imposibilidad" ²⁴.

En otro sentido diferente se han diferenciado también las nociones de posibilidad absoluta o intrínseca y de posibilidad relativa o extrínseca destacando la primera la

19 José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, Tomo 3, Alianza Editorial, Madrid, 1979, pág. 2637.

20 *Ibidem*, págs. 2637-2638: "Se tiende por ello en ontología a hablar de posibilidad en términos de posible existencia, en particular de posible existencia de entidades, pero también de posible existencia de propiedades de entidades. Si digo "Es posible que haya perros que hablan" puedo entender esto, ontológicamente, como afirmando la posibilidad de perros hablantes. Puedo entenderlo, lógicamente, como precediendo la frase "Hay perros que hablan" mediante la cláusula modal "Es posible que". Para algunos autores sólo tiene sentido hablar de posibilidad lógicamente. Otros estiman que tan pronto como se analizan expresiones modales con la cláusula "Es posible que" se plantean problemas ontológicos".

21 *Ibidem*, pág. 2638.

22 *Ibidem*, pág. 2634.

23 *Ibidem*, págs. 2634-2635.

24 *Ibidem*, pág. 2635.

idea de la no contradicción de las notas internas que caracterizan a la entidad que se considera posible, y la segunda la idea de la necesidad de una causa que pueda dar origen, llevar a su existencia, a la misma²⁵.

Como se ve, son muchas las acepciones que admite la idea de posibilidad, aunque en todas ellas esta noción se presenta como el ámbito dentro del que se sitúa la idea de probabilidad. Decir de algo que es más o menos posible parece aproximarnos a la idea de probabilidad. En el mismo sentido, decir de algo que es más o menos probable parece también aproximarnos a la idea de necesidad o de seguridad. Sin embargo, el término posibilidad constituye una noción absoluta en el sentido de que es un ámbito general en el que se produce la existencia de lo probable mientras que el término probabilidad designa, por el contrario, una noción que marca una aproximación a la idea de necesidad, seguridad o inevitabilidad. Esta aproximación admite diferentes grados, aunque si llegamos a alcanzar el grado máximo que marca la idea de necesidad esto supone traspasar el ámbito de la probabilidad para instalarse en un concepto diferente. Si todo lo probable requiere para ello ser posible, sin embargo lo necesario o inevitable no puede requerir para ello ser probable porque la probabilidad es un concepto de naturaleza diferente al de necesidad, seguridad o inevitabilidad. En este sentido decimos que la probabilidad es una posibilidad cualificada por su mayor aproximación a los objetivos de la necesidad, la seguridad o la inevitabilidad, aunque, por su propia definición, no puede nunca llegar a identificarse con ellos. Esta idea de aproximación a otras nociones diferentes va a marcar el sentido de las distintas teorías que se han propuesto acerca de la noción de probabilidad.

La consideración de la idea de probabilidad como posibilidad cualificada está ya presente en Aristóteles cuando señala que lo probable designa a "aquello que, en la mayor parte de los casos, acontece o no acontece, existe o no existe; por ejemplo, los hombres odian a aquellos que les envidian, aman a aquellos que les aman"²⁶. Así entendido, el concepto de probabilidad puede ser analizado en su aspecto gnoseológico o subjetivo, en el cual se entiende como probabilidad referida a juicios y en su aspecto ontológico u objetivo, conforme al cual se entiende como probabilidad referida a acontecimientos²⁷.

En general ha sido la idea de probabilidad en su aspecto gnoseológico o probabilidad subjetiva la que ha predominado en la literatura filosófica a lo largo de la historia. Muy significativa es a este respecto la teoría de la probabilidad que expone John Locke en su *Ensayo sobre el entendimiento humano*. La probabilidad se sitúa allí como una especie de sustituto de la falta de conocimiento, lo que describe con estas palabras: "Como nuestro conocimiento es muy estrecho, según se ha demos-

25 Ibidem.

26 Aristóteles, "Primeros analíticos", II, 29, 1, en *Lógica*, II, Nueva biblioteca filosófica, Madrid, 1931, pág. 90.

27 José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, cit., pág. 2693.

trado, y como no tenemos la felicidad suficiente de poder encontrar la verdad segura en todas las cosas que tenemos ocasión de considerar, la mayoría de las proposiciones sobre las cuales pensamos, razonamos, disertamos y hasta obramos son tales que no podemos tener acerca de su verdad un conocimiento indubitable. Sin embargo, algunas de ellas se acercan tanto a la certidumbre que no las ponemos en duda, sino que les concedemos nuestro asentimiento con la misma firmeza, y obramos sobre ese asentimiento con la misma resolución que si se tratase de proposiciones infaliblemente demostradas, y como si nuestro conocimiento acerca de ellas fuera perfecto y seguro" ²⁸. En este sentido la probabilidad se presenta como una presunción, presumimos la veracidad de algo sin disponer de pruebas seguras que permitan garantizar el acierto de nuestro juicio sobre ello²⁹. El fundamento de dicha presunción se encuentra en la capacidad de inducción de nuestra mente que ofrece la apariencia del acuerdo que pueda darse entre dos ideas sin que existan pruebas irrefutables³⁰, resultando así la existencia de dos elementos determinantes de la probabilidad como son la conformidad de una entidad con nuestra experiencia personal y el testimonio que nos ofrece la experiencia de los demás³¹. Naturalmente, reconoce John Locke el carácter aparente o presunto de la noción de probabilidad se contrapone a la idea de conocimiento racional de las cosas, obligando a examinar con detenimiento y prudencia las razones que justifican la consideración de un juicio como probable antes de prestarle nuestro asentimiento reconociéndole toda nuestra credibilidad: "como a la probabilidad le falta esa evidencia intuitiva que infaliblemente determina al entendimiento y produce un conocimiento seguro, la mente si ha de proceder racionalmente, deberá examinar todos los fundamentos de la probabilidad, para ver cómo, en más o en menos, están en pro o en contra de cualquier proposición probable, antes de concederle su asentimiento o antes de disentir de ella; y, después de haber ponderado debidamente el todo, debe rechazar o admitir la proposición con un asentimiento más o menos firme, según la preponderancia de los fundamentos de probabilidad que haya de un lado u otro" ³².

28 John Locke, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, IV, 15, 2, traducción directa de Edmundo O'Gorman, Fondo de Cultura Económica, México, 1956, pág. 658.

29 Ibidem, IV, 15, 3, pág. 659: "La probabilidad es la verosimilitud de que una cosa sea verdadera; el término mismo denota una proposición para la cual existen argumentos o pruebas que la permiten pasar a ser recibida como verdadera. El trato que la mente otorga a esa clase de proposiciones se llama creencia, asentimiento u opinión, que consiste en la admisión de cualquier proposición como verdadera, en vista de argumentos o pruebas que logran persuadirnos de recibirla por verdadera, pero sin ofrecernos un conocimiento seguro de que lo sea. Y en esto estriba la diferencia entre la fe y el conocimiento, a saber: que en todas las partes del conocimiento hay intuición, de manera que cada idea inmediata, cada paso, tiene su conexión visible y segura; pero eso no acontece respecto a la creencia. Aquello que me hace creer es algo extraño a la cosa que creo; algo que no está unido de manera evidente por ambos lados, y que, por eso no patentiza el acuerdo o el desacuerdo de las ideas que están bajo consideración".

30 Ibidem, IV, 15, 1, pág. 657: "Así como la demostración es mostrar el acuerdo o el desacuerdo de dos ideas, por medio de la intervención de una o más pruebas que tienen entre sí una conexión constante, inmutable y visible, así la probabilidad no es sino la apariencia de un tal acuerdo o desacuerdo, por la intervención de pruebas cuya conexión no es constante e inmutable, o, por lo menos, que no se percibe que lo sea, pero que es o parece serlo así por lo regular, y basta para inducir a la mente a juzgar que la proposición es verdadera o falsa, más bien que lo contrario".

31 Ibidem, IV, 15, 4, pág. 659.

32 Ibidem, IV, 15, 5, págs. 659-660.

La concepción gnoseológica o subjetiva de la probabilidad ha sido sostenida, en términos semejantes a como hemos visto que hace John Locke, por muchos autores. Pero este hecho no ha provocado que caiga totalmente en el olvido la concepción ontológica que muchas veces se ha considerado implícita en la propia defensa de aquélla, lo que ha llevado en ocasiones a sostener una concepción híbrida, intermedia entre la concepción gnoseológica y la ontológica, de la probabilidad, que José Ferrater Mora describe diciendo que "la probabilidad sería en tal caso un grado mayor o menor de certidumbre sobre un acontecimiento o un grupo de acontecimientos afectados por un índice de probabilidad"³³.

Las clasificaciones que se han hecho acerca de las teorías de la probabilidad son muy numerosas. Nosotros, siguiendo la línea expositiva del autor al que venimos haciendo referencia en las últimas páginas, resumiremos aquellas cuatro que él destaca como más significativas.

En primer lugar destaca la clasificación de Thomas Greenwood, quien distingue entre teorías para las que la probabilidad es una medida relativa de creencia, teorías que la entienden como una frecuencia relativa de los hechos, teorías que la definen como la frecuencia en valor de verdad de clases de argumentos, como el vínculo entre una determinada noción y su evidencia, como una noción operacional, como un límite de frecuencias y como una magnitud física determinada por axiomas³⁴.

Una segunda clasificación es la resultante de los posibles campos de investigación de la probabilidad, que serían los problemas atinentes a juegos, que suponen la base para la escuela apriorística; los problemas demográficos, económicos y de seguros sobre los que se fundamenta la escuela estadística, y, finalmente, los estudios de naturaleza lógica, en relación a los cuales la probabilidad de un acontecimiento se mide por el nivel de creencia en su realización³⁵.

La tercera clasificación mencionada toma la perspectiva del positivismo lógico al distinguir tres concepciones probabilísticas: la que la entiende como límite de frecuencias, la propuesta que concibe a las expresiones es verdadero y es falso como supuestos límite de una cadena de valores de probabilidad, y la que, sin más, entiende que el análisis de la probabilidad integra una rama específica de la lógica³⁶.

Dentro de la consideración de la probabilidad como parte de la lógica se ha llevado a cabo, igualmente, la diferenciación entre la probabilidad estadística, que se refiere a fenómenos, y la probabilidad inductiva, que alude a proposiciones sobre fenómenos³⁷.

33 José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, cit., pág. 2693.

34 *Ibidem*, págs. 2693-2694.

35 *Ibidem*, pág. 2694. José Ferrater Mora sigue en este punto la clasificación de Maurice Fréchet.

36 *Ibidem*. El autor refleja en este punto la clasificación realizada por J. R. Weinberg.

37 *Ibidem*, pág. 2695.

La tesis de la probabilidad estadística ha sido desarrollada fundamentalmente por Karl Popper, quien reconoce dos tareas fundamentales al estudioso de la teoría de la probabilidad: la fundamentación del cálculo de probabilidades sobre la base del desarrollo de la probabilidad como frecuencia y la determinación de las relaciones que median entre la probabilidad y la experiencia, lo que supondría en su opinión la solución a la cuestión de la decibilidad de los enunciados probabilísticos³⁸. En lo que concierne al primero de los problemas Karl Popper asume decididamente la interpretación objetiva de la probabilidad frente a la teoría clásica, expresando que "el cálculo de probabilidades no es un método de calcular predicciones (frente a lo que ocurre con todos los demás métodos de la ciencia empírica), sino meramente un método de llevar a cabo transformaciones lógicas de algo que ya conocíamos; o mejor, de algo que no conocemos, pues precisamente realizamos tales transformaciones cuando carecemos de conocimientos"³⁹. Con respecto al segundo problema asume la idea de la no verificabilidad de las estimaciones en términos de probabilidad⁴⁰, lo que le lleva a mantener una actitud muy negativa a la hora de definir la posible identificación entre el nivel de corroboración y la probabilidad⁴¹. Distingue igualmente como interpretaciones del cálculo de probabilidad la probabilidad de eventos y la probabilidad de enunciados o proposiciones⁴², subrayando el carácter quimérico de cualquier intento de transformar la probabilidad de las diferentes hipótesis en la probabilidad de eventos⁴³.

La teoría de la probabilidad inductiva ha sido sostenida por Carnap en su concepción de la probabilidad como grado de confirmación, lo que llevaría a entender

38 Karl Popper, *La lógica de la investigación científica*, traducción española de Víctor Sánchez Zavala, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág. 137.

39 Ibidem, pág. 141.

40 Ibidem, pág. 177-180.

41 Karl Popper, *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*, traducción española de Carmen García Trevijano, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, pág. 141: "Un punto decisivo relativo al grado de corroboración era que, debido a que éste aumentaba con la severidad de las contrastaciones, tal grado podía ser alto para teorías con un alto grado de contrastabilidad o contenido. Pero esto significaba que el grado de corroboración estaba ligado a la improbabilidad mejor que a la probabilidad: era, pues, imposible identificarlo con la probabilidad (aunque podía ser definido en términos de probabilidad, tal como puede serlo la improbabilidad)". Igualmente en Karl Popper, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, traducción al español de Néstor Míguez, con adaptación de la cuarta edición inglesa y traducción de las secciones nuevas de Rafael Grasa, Ediciones Paidós, Buenos Aires, 1989, págs. 85-86 responde al interrogante de por qué nos interesan teorías con "un alto grado de corroboración", y por qué resulta erróneo deducir de ello que nos interesan teorías "altamente probables" señalando que: "La probabilidad de un enunciado (o de un conjunto de enunciados) es siempre mayor cuanto menos es lo que afirma el enunciado: es inversamente proporcional al contenido o al poder deductivo del enunciado y, por ende, a su poder explicativo. De acuerdo con esto, todo enunciado interesante y vigoroso debe tener una probabilidad baja; y viceversa: un enunciado con una probabilidad alta carecerá científicamente de interés porque es poco lo que afirma y no tiene ningún poder explicativo. Aunque busquemos teorías con un alto grado de corroboración, como científicos no buscamos teorías altamente probables, sino explicaciones, es decir, teorías poderosas e improbables. La concepción opuesta, la de que la ciencia tiende a la alta probabilidad, es un producto característico del verificacionismo: al hallar que no se puede verificar una teoría, o darle certeza, mediante la inducción se recurre a la probabilidad como a una especie de Ersatz de la certeza con la esperanza de que la inducción permita, al menos, acercarse a ésta".

42 Ibidem, pág. 139.

43 Karl Popper, *La lógica de la investigación científica*, cit., págs. 237 y ss.

a todos los razonamientos inductivos como razonamientos de probabilidad, posibilitándose la atribución de probabilidades a eventos que todavía no han tenido lugar a partir de la consideración de la frecuencia con que tales eventos se han producido en el pasado⁴⁴.

2.2 El ámbito jurídico de la probabilidad

La distinción entre las diferentes teorías de la probabilidad supone ante todo una diversidad de perspectivas más que una distinción conceptual. Así lo ha visto claramente Simon Blackburn cuando señala que "las matemáticas de la probabilidad se entienden perfectamente... lo que es más duro de entender es la aplicación de su noción formal al mundo actual"⁴⁵.

En el ámbito de la literatura filosófico jurídica castellanoparlante Daniel Mendonca ha distinguido tres posibles perspectivas de uso de la idea de probabilidad⁴⁶.

En primer lugar se refiere a la idea de la probabilidad entendida como frecuencia de verdad, lo que supone adoptar la perspectiva de análisis de la probabilidad de proposiciones en lugar de como probabilidad de acontecimientos, tesis que enuncia del siguiente modo: "Supone que la probabilidad de que una proposición sea verdadera es la frecuencia relativa con que una clase de inferencia conduce, a partir de premisas verdaderas, a conclusiones verdaderas. En general, no conocemos el valor numérico preciso de esta razón, por lo que decimos que la conclusión es probable sobre la base de elementos de juicio, si la clase de tales inferencias conduce a conclusiones verdaderas con más frecuencia que a conclusiones falsas"⁴⁷.

Alude también a lo que llama la probabilidad como frecuencia relativa, teoría que asume el carácter necesariamente relacional de la idea de probabilidad, al tomar ésta como base la naturaleza de grupos de acontecimientos, lo que expresa diciendo que: "Cuando nos referimos, en apariencia, a la probabilidad de un suceso singular, nos estamos refiriendo elípticamente, en realidad, a cierto aspecto que tiene en común con otros sucesos posibles de determinado tipo: la probabilidad asignada es la medida de la frecuencia relativa con que los miembros de una clase presentan cierta propiedad específica. La probabilidad de un suceso es, en definitiva, la relación entre el número de casos favorables a este suceso y la cantidad de casos posibles, suponiendo que todos los casos posibles son igualmente verosímiles. Consiguientemente, la probabilidad es una cifra que varía entre 0 y 1 y los valores extremos corresponden a la imposibilidad, por un lado, y a la certeza, por el otro"⁴⁸.

44 Un resumen de la teoría de Carnap sobre la probabilidad en José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, cit., pág. 2695.

45 Simón Blackburn, *The Oxford Dictionary of Philosophy*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1996, pág. 304.

46 Daniel Mendonca, *Interpretación y aplicación del derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, Almería, 1997, págs. 82-83.

47 Ibidem, pág. 83.

48 Ibidem, pág. 82.

Finalmente alude a la idea de probabilidad como medida de creencia⁴⁹. En este caso la alusión a la probabilidad implica la referencia a un determinado estado mental que nos lleva a sentirnos seguros de que un cierto acontecimiento tendrá o no lugar o por el contrario a dudar de que pueda o no producirse efectivamente⁵⁰. Daniel Mendonca traslada también la idea de la probabilidad como medida de creencia al terreno proposicional asumiendo a este respecto el modelo del sujeto "completamente racional" ⁵¹. A diferencia de lo que sucedía en los dos supuestos anteriores, que eran especialmente indicados para fundamentar el índice de probabilidad en investigaciones de carácter estadístico⁵², la probabilidad como medida de creencia no puede medirse de manera absolutamente objetiva. En sí misma implica una remisión a la idea de persona, con todo lo que ello supone de incertidumbre tanto en relación a los comportamientos que pueda realizar como a los juicios que pueda expresar. Pero aunque las conductas y los juicios de las personas no puedan ciertamente determinarse a priori, sí pueden, sin embargo, establecerse conjeturas más o menos probables del modo en que se habrán de producir y del sentido que vayan a adquirir. En este sentido tiene, desde luego, razón Simon Blackburn cuando señala que el personalismo "no es una invitación al pensamiento licencioso"⁵³.

Llegados a este punto habrá que preguntarse entonces ¿cuál de las señaladas en los párrafos precedentes es la perspectiva de la probabilidad que resulta relevante a efectos jurídicos?, y, con carácter preliminar, ¿cabe hablar de la relevancia de la idea de la probabilidad en el mundo del derecho?.

En relación a esta última cuestión puede en principio parecer que los análisis de la idea de la probabilidad anidan más en el mundo de la lógica que en el mundo estrictamente jurídico. Cuando aludimos a la noción de probabilidad nos referimos a un concepto que tiene su existencia en un ámbito concreto, como es el ámbito de lo posible, separado igualmente de los polos de la necesidad y de la imposibilidad, susceptible de ser graduado, esto es, de ser valorado numéricamente.

Sin embargo, el abismo que se ha pretendido vislumbrar entre los mundos de la lógica y el derecho no existe en realidad. Hoy en día se puede hablar de una aplicabilidad general de la lógica a los diferentes ámbitos del saber⁵⁴, y con ello también al ámbito del saber jurídico. Ya no se trata sólo de buscar la lógica de las normas o del

49 Ibidem.

50 Simon Blackburn, *The Oxford Dictionary of Philosophy*, cit., pág. 304: "Para el personalismo la probabilidad o la posibilidad no es un factor objetivo o real en el mundo, sino más bien una reflexión sobre nuestros propios estados de ánimo".

51 Daniel Mendonca, *Interpretación y aplicación del derecho*, cit., pág. 82: "En definitiva, la probabilidad que se atribuya a un acontecimiento depende del grado en que se crea que puede ocurrir; la probabilidad que puede asignarse a una proposición depende del grado en que un sujeto completamente racional crea que es verdadera".

52 Ibidem, págs. 82-83.

53 Simon Blackburn, *The Oxford Dictionary of Philosophy*, cit., pág. 304.

54 Karl Popper, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, cit., págs. 248 y ss.

discurso normativo⁵⁵, sino de reconocer la función que pueden cumplir los métodos de análisis lógico para facilitar en gran medida la solución de muchos de los problemas que se plantean a los científicos del derecho⁵⁶. En este punto se observa que en relación a ciertos fenómenos, o, "fragmentos de la realidad" encontramos idealizaciones sobre las que mostramos interés por su utilidad, idealizaciones que hacen entrar en escena la idea de probabilidad⁵⁷. Esto mismo es lo que sucede en el caso del derecho. Así podemos decir que la referencia a estos fragmentos de la realidad alude alternativamente a determinados comportamientos de los jueces, que nos van a poder determinar, en opinión de algunas de las más relevantes doctrinas filosófico jurídicas, cuál es el derecho vigente; a la producción de determinados resultados que constituyen la consecuencia real de ciertos comportamientos que integran el supuesto de hecho de la norma jurídica, y a la efectiva producción de los hechos que se dan en un momento dado por jurídicamente probados.

Por otro lado, la respuesta a la pregunta de cuál es la perspectiva de la probabilidad que resulta relevante a efectos jurídicos se hace ciertamente complicada si tenemos en cuenta que aunque el derecho constituye un fenómeno fundamentalmente personal en el que intervienen individuos cuyos comportamientos y decisiones no pueden nunca llegar a conocerse de antemano, la creciente relevancia que para el derecho tienen en la actualidad las investigaciones de carácter estadístico nos podía inducir a pensar en el papel preponderante de lo que antes reconocíamos con las denominaciones de probabilidad como frecuencia de verdad y probabilidad como frecuencia relativa.

Sin embargo, esta visión simplista debe ser excluida al comprobar que cualquiera de los tres ámbitos de la probabilidad referidos remite en último término a una creencia personal o subjetiva. A saber: la creencia de que a la hora de administrar

55 Georges Kalinowski, *Lógica del discurso normativo*, traducción española de Juan Ramón Capella, Editorial Tecnos, Madrid, 1975.

56 Ulrich, Klug, *Problemas de filosofía del derecho*, traducción al castellano de Ernesto Garzón Valdés, Ed. Sur, Buenos Aires, 1966, pp. 31 y ss.; *Idem*, *Lógica jurídica*, traducción al castellano de J. C. Gardella, Ed. Temis, Bogotá-Colombia, 1990, pp. 3 y ss., donde afirma que: "la lógica tiene también mucha importancia para la ciencia del derecho, a menos que quiera renunciarse en su campo a la posibilidad de la discusión, a la exposición de fundamentos y demostraciones y al desarrollo de teorías". También, en este mismo sentido, José Luis Villar Palasí, *La interpretación y los apogemas jurídico-lógicos. A la luz del nuevo título preliminar del Código Civil, desde una perspectiva teórica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1975, señala en este sentido en la p. 151 que: "Es significativo e importante destacar cómo todas las argumentaciones lógicas aparecen marcando lo que actualmente se denomina cuestión de hecho frente a cuestión de Derecho"; y en la p. 14 considera asimismo que: "Todas las reglas hermenéuticas no son sino herramientas, útiles empleados, en la gran mayoría de los casos, de modo inconsciente. Incluso las llamadas interpretaciones lógicas como especie de la interpretación jurídica, se plantean como deducción simple a través de los argumentos de interpretación jurídica que se autodenomina lógica... Por ello, puede decirse que toda interpretación jurídica y todos sus argumentos son lógicos en la medida en que necesitan, por parte del intérprete jurídico, un razonamiento cualquiera que éste sea pues cualquier razonamiento, aunque sea arbitrario en el fondo tiene que apoyarse externamente en la Lógica".

57 David Ruelle, *Azar y caos*, traducción española de Javier García Sanz, Alianza Editorial, Madrid, 1993, págs. 24 y ss.

justicia el juez decidirá probablemente el caso controvertido en un cierto sentido y no en otro; la creencia de que determinados comportamientos que hipotéticamente pudieran integrar el supuesto de hecho de una norma jurídica probablemente producirán resultados socialmente considerados como dañosos o inconvenientes, o la creencia de que determinados hechos que se dan por jurídicamente probados probablemente habrán tenido lugar.

En este sentido parece evidente que la idea de probabilidad desempeña un papel relevante en el mundo del derecho y que la perspectiva de la probabilidad que ha de entenderse como jurídicamente relevante es la que antes hemos analizado bajo la denominación de probabilidad como medida de creencia. El examen de los tres ámbitos señalados (el concepto de derecho, los supuestos de hecho jurídicamente relevantes y el proceso de prueba de los hechos acaecidos en relación a las controversias jurídicas) nos va a permitir determinar los términos en que incide en cada uno de ellos la noción de probabilidad que hemos venido analizando en las páginas precedentes.

III. LA PROBABILIDAD EN LA DETERMINACION DEL DERECHO VIGENTE

El primer ámbito en el que indicábamos que la idea de probabilidad ha desarrollado una importante función es el del concepto de derecho. La noción tradicional del derecho lo entiende como un conjunto de normas dirigidas a organizar y regular la vida social. Es una concepción normativista en la que la norma se presenta como un presupuesto de la decisión jurídica, de tal manera que ésta no es más que la aplicación de la norma, es decir, la aplicación del derecho. Frente a esta tesis, en el extremo contrario, las doctrinas realistas más radicales han considerado como derecho sólo al conjunto de decisiones que dictan los jueces de manera que el derecho no precedería a la decisión jurídica sino que consistiría en ella misma.

Ninguna de estas dos doctrinas filosófico-jurídicas han situado en el centro de su concepto de derecho a la idea de probabilidad⁵⁸. El normativismo legalista define al derecho sobre la base del contenido de las normas, con independencia de ningún tipo de consideración probabilista. El realismo jurídico radical lo define en los términos que ofrece la propia decisión jurídica, lo que tampoco ofrece ningún juego a la idea de probabilidad. Frente a estas dos tesis algunos de los más importantes teóricos de la jurisprudencia sociológica americana esbozaron la denominada teoría del derecho como predicción, la cual situaba ya en el centro de la definición jurídica a la idea de probabilidad. Esta es la tesis que con distintos matices defendieron Oliver Wendell Holmes y Benjamin Nathan Cardozo.

58 Esto no impide que los defensores del normativismo legalista puedan ser perfectamente conscientes de que el sentido de la decisión judicial no es necesariamente automático, y que los defensores del realismo jurídico radical puedan también asumir el carácter condicionado de la misma, pudiendo realizarse al efecto juicios de probabilidad basados en diferentes criterios, como el sentir social, la ideología política del juez, el mayor o menor esclarecimiento de los hechos que se juzgan, etc.

En el mes de enero de 1897 pronunció en Boston su famosa conferencia *The Path of the Law* el juez Oliver Wendell Holmes. En esta conferencia, que fué inmediatamente publicada en la *Harvard Law Review*, Holmes ofrecía una concepción del derecho absolutamente original fundamentada en la idea de predicción⁵⁹.

Asumía a este respecto la necesidad de separar el derecho y la moral, entendiéndose que una de las principales razones de los equívocos que surgían en relación al derecho derivaban precisamente de su confusión con la moral, o, en todo caso, de la adopción de un punto de vista moral (el punto de vista del hombre bueno) a la hora de definir al derecho⁶⁰. Para él la perspectiva definitoria más fructífera era la del hombre malo, que es ajeno a cualquier consideración ética, lo cual permitía comprobar la auténtica naturaleza del derecho como profecías de las futuras actuaciones de los jueces. La expresión de su pensamiento resulta absolutamente clara: "¿Qué es el Derecho?. Encontrareis que ciertos autores os dirán que es algo distinto de lo que deciden los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra, que es un sistema de la razón, que es deducción a partir de principios de ética o axiomas universalmente aceptados, o cosa parecida, que puede o no coincidir con las sentencias judiciales. Pero si adoptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que a éste le importan un bledo los axiomas o deducciones, pero que en cambio le interesa saber qué es lo que en efecto han de resolver probablemente los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra. Yo opino de manera bastante parecida. Yo entiendo por Derecho las profecías de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos"⁶¹.

La teoría de la predicción en términos de probabilidad que expresa el juez Holmes⁶², y que es igualmente extensible a la noción de deber jurídico⁶³, resulta además justificada en la doctrina de Holmes por el hecho de considerar a las predicciones como "un cuerpo finito de enunciados dogmáticos que pueden llegar a ser dominados en un período razonable de tiempo"⁶⁴. Esto hace que la concepción del derecho como predicción no tenga un carácter estrictamente teórico sino también práctico, al poderse predecir con un elevado nivel de probabilidad el sentido de las futuras decisiones judiciales.

La teoría del derecho como predicción es retomada por Benjamin Nathan Cardozo, quien difiere, sin embargo, de Holmes en el punto de vista a adoptar para

59 Oliver Wendell Holmes, *La senda del derecho*, traducción española de Carlos A. Garber, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1959, pág. 15: "El objeto de nuestro estudio es, pues, predicción, la predicción de la incidencia de la fuerza pública por mediación de los tribunales de justicia".

60 *Ibidem*, pág. 17.

61 *Ibidem*, pág. 19.

62 Aunque Holmes no llegó a desarrollar con la debida amplitud la función que desarrolla la idea de probabilidad a la hora de determinar las profecías en que consiste el derecho, la conexión entre ambos conceptos resulta evidente del hecho de que, como hemos indicado, señale que el hombre malo esté interesado, en realidad, por conocer lo que "han de resolver probablemente los tribunales".

63 *Ibidem*, págs. 19 y ss.

64 *Ibidem*, pág. 16.

definir el derecho. Aunque las conclusiones de Holmes y de Cardozo resulten muy semejantes, la perspectiva de este último no es ya la del delincuente que trata de valorar las sanciones que le puede imponer el juez, sino la del orden como sistema general de principios que rigen el derecho. En este sentido critica la teoría clásica norteamericana que veía en los precedentes judiciales la corporeización del derecho. Frente a ello señala Cardozo en su obra *The Growth of the Law* que: "Las sentencias en sí mismas sólo tienen importancia para el estudiante en la medida que, y sólo en la medida que, permiten una razonable predicción de que tales sentencias se repetirán si se repiten las situaciones. El estudio del derecho es, por consiguiente, el estudio de los principios de orden que se revelan ellos mismos en uniformidades de antecedentes y consecuentes. Cuando las uniformidades son lo suficientemente constantes para ser objeto de predicción con razonable certeza decimos que el derecho existe" ⁶⁵.

El problema al que se enfrenta Cardozo es que en muchas ocasiones resulta imposible predecir con certeza, pues, como él mismo reconoce, "pueden darse situaciones en las que las uniformidades sean tan inconstantes, las analogías tan dudosas, el cuerpo de principios y tradiciones tan equívoco en sus direcciones que somos incapaces de predecir, a lo más podemos hacer sugerencias o propuestas" ⁶⁶.

Para salvar este escollo recurre Cardozo a la idea de probabilidad que en su concepción ya no se presenta simplemente implícita, sino, por el contrario, absolutamente expresa. Para él la predictibilidad de la decisión jurídica tiene que fundarse necesariamente en el cálculo de probabilidades. Es en este sentido que hay que entender su afirmación tajante de que la lógica que rige en el mundo del derecho es "la lógica de las probabilidades más que la lógica de la certeza" ⁶⁷.

Cardozo es consciente de que el derecho no siempre es predecible con el mismo grado de probabilidad, lo que hace que distinga entre el derecho asentado, el dudoso o incierto, y el derecho que no existe⁶⁸, y no dude en reconocer que las sentencias judiciales deban buscar su principio inspirador muchas veces en la propia evolución de la vida social⁶⁹. Pero esto no impide reconocer la función que desempeña la idea de probabilidad de la conclusión judicial, allí donde es posible predecir con probabilidad, a la hora de definir al propio derecho, sin que en su caso, la decisión ulte-

65 Benjamin Nathan Cardozo, *The Growth of the Law*, Yale University Press, New Haven, Fourth Printing, 1931 (la primera edición de 1924), págs. 37-38.

66 Ibidem, pág. 38.

67 Ibidem, pág. 33.

68 Ibidem, pág. 44: "Cuando la predicción alcanza un alto grado de certeza o seguridad hablamos del derecho como asentado, aunque por muy asentado que parezca estar, la posibilidad de la predicción siempre está presente. Cuando la predicción no llega a la altura de un estándar hablamos del derecho como dudoso o incierto. Más allá... el derecho no existe".

69 De ello es buen ejemplo la resolución judicial del propio Cardozo en el caso *Mac Pherson contra Buick Motor Co.* de 1916, que Diego Betancor Curbelo, *El Derecho como reacción*, Taller Ediciones JB, Madrid, 1994, págs. 25-26, ha considerado como caso emblemático de adaptación del derecho a las exigencias del cambio social.

rior del juez suponga ningún tipo de menoscabo a la consideración previa de la decisión judicial como derecho preexistente a la misma. Cardozo lo expresa también de manera muy clara al señalar que "cuando hay un grado de probabilidad tal que nos lleva a la razonable seguridad de que una determinada conclusión debería ser plasmada en una sentencia, hablamos de la conclusión como derecho, aunque la sentencia no se haya dictado todavía, y aunque, una vez dictada, pueda decepcionar nuestras expectativas" ⁷⁰.

La teoría de la predicción jurídica, con la consiguiente incidencia de la probabilidad en la definición del derecho, fué criticada por Hans Kelsen al destacar la imposibilidad de predecir el sentido de las decisiones de los jueces cuando éstos actúan como legisladores⁷¹. Pero sin duda la aportación más importante de este autor en relación al problema se encuentra en la presentación de su teoría de la imputación, ya esbozada en su temprana obra de 1911⁷², que constituirá uno de los puntos centrales de su teoría pura del derecho.

La presentación del principio de imputación como el principio normativo-jurídico fundamental sustancialmente diferenciado del principio de causalidad que rige en el mundo natural⁷³, permite, en efecto, comprender que la atribución de las consecuencias jurídicas por la realización de los supuestos de hecho contemplados en las normas no obedece a ningún tipo de determinismo. Tanto la realización del supuesto de hecho como la atribución de las consecuencias jurídicas inherentes al mismo dependen, en último extremo, de la condición humana, cuyos designios resultan muy difíciles de predecir ni siquiera acudiendo a una valoración probabilista. No obstante, siempre será posible manejar los elementos y circunstancias condicionantes de las decisiones judiciales en orden a predecir con el mayor grado de probabilidad posible su sentido final⁷⁴.

IV. LA PROBABILIDAD EN LA DETERMINACION DE LOS SUPUESTOS DE HECHO JURIDICAMENTE RELEVANTES

El segundo ámbito de lo jurídico en el que incide de manera decisiva la idea de probabilidad es el de la determinación de los supuestos de hecho jurídicamente relevantes. Cuando el legislador determina que una concreta situación social ha de integrar el supuesto de hecho de una norma jurídica está pensando en los efectos que

70 Benjamin Nathan Cardozo, *The Growth of the Law*, cit., págs. 33-34.

71 Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción española de Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983, pág. 200: "Predecir con un grado razonable de probabilidad lo que hará un tribunal al actuar como legislador es tan imposible como predecir con un grado razonable de probabilidad qué leyes serán expedidas por un cuerpo legislativo".

72 Hans Kelsen, *Problemas Captales de la Teoría Jurídica del Estado*, traducción de la segunda edición del alemán por Wenceslao Roces, con notas, revisión y presentación de Ulises Schmill, Editorial Porrúa, México, 1987, pág. 61: "La articulación entre un estado de hecho y un sujeto, establecida a base de la norma, es lo que se llama la imputación".

73 Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, traducción del original alemán de la edición de 1960 de Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, págs. 90 y ss.

74 Stuart S. Nagel, *Causation, Prediction and Legal Analysis*, Quorum Books, New York, 1986, pág. 45.

la realización efectiva de ese supuesto de hecho puede tener en relación a los bienes que el orden jurídico trata de proteger y en relación a la remodelación de las situaciones, del estado de cosas, que dicho orden jurídico trata de promover.

Durante mucho tiempo se ha pensado en el derecho como un instrumento adecuado para garantizar la paz y el orden social a partir de la idea de la no intromisión de los demás en el goce y en el disfrute de las cosas que pertenecen a sus legítimos propietarios. Se entendía a este respecto que las cosas que debía proteger el derecho frente a la intromisión ajena eran tanto los bienes materiales como los inmateriales y, de manera especial, la propia integridad personal del individuo. El derecho adquiriría así un carácter marcadamente garantista o conservador, manifestándose fundamentalmente en sus funciones protectora y represiva.

En la actualidad, sin embargo, la relevancia que ha venido adquiriendo el modelo del Estado asistencial ha llevado a una modificación radical del papel del derecho que ha pasado a ser el instrumento básico de redistribución social. Ya no se trata sólo de garantizar la preservación de la paz, del orden social y de las situaciones de poder a las que han accedido los ciudadanos sino también de conseguir una modificación de las situaciones de hecho que puedan considerarse injustas. Eso explica la tendencia actual de los textos constitucionales a atribuir a los poderes públicos, y con ello también al derecho, la función de remover las situaciones que se entienden insatisfactorias⁷⁵ con vistas al diseño de un panorama social más igualatorio.

En este marco se manifiesta la "insuficiencia de las concepciones tradicionales del derecho"⁷⁶ que no pueden dar cuenta del uso cada vez más extendido en los Estados contemporáneos de las técnicas de alentamiento que evidencian la actual asunción por parte de los ordenamientos jurídicos de corte socialdemócrata de la función promocional o redistributiva que les corresponde llevar a cabo⁷⁷. A su vez esta modificación del sentido y de las funciones del derecho⁷⁸ en la actualidad lleva también consigo un nuevo esquema de la estructura de la norma jurídica. Algunas de las normas jurídicas de los Estados socialdemócratas no se dedican tanto a imputar consecuencias desfavorables al infractor del deber general de proteger al titular de los derechos en la detentación y en el goce y disfrute de los mismos, sino a ofrecer estímulos por la realización de acciones que son consideradas convenientes desde la perspectiva del establecimiento de un marco social más justo.

75 Es paradigmático a este respecto el artículo 9.2 de nuestro texto constitucional.

76 Norberto Bobbio, "La función promocional del derecho", en *Contribución a la teoría del derecho*, traducción española de Alfonso Ruíz Miguel, Editorial Debate, Madrid, 1990, págs. 371 y ss.

77 *Ibidem*, pág. 379: "En el Estado contemporáneo se hace cada vez más frecuente el uso de las técnicas de alentamiento. Apenas se empieza a advertir el uso de estas técnicas se está obligando a abandonar la imagen tradicional del derecho como ordenamiento protector-represivo. Junto a ella toma forma una nueva imagen: la del ordenamiento jurídico como ordenamiento con función promocional".

78 Sobre las funciones del derecho en general Vincenzo Ferrari, *Funciones del derecho*, traducción española de María José Añón Roig y Javier De Lucas Martín, Editorial Debate, Madrid, 1989.

En este esquema se altera también el concepto de sanción jurídica. Este sigue representando la idea de consecuencia que imputa la norma jurídica a la realización de determinados supuestos de hecho. Pero ya no se trata necesariamente de una consecuencia negativa o desfavorable al sujeto de la acción, porque tampoco el supuesto de hecho responde a la idea del comportamiento vulnerador de la integridad de los bienes jurídicos. Al contrario, representa la realización de una conducta considerada como conveniente al conjunto social, a la que la norma jurídica correspondiente le reconoce la atribución de un determinado efecto positivo que opera como aliciente o compensación de la misma. En este punto la sanción o consecuencia jurídica derivada de la realización del supuesto de hecho adquiere un sentido favorable a los intereses del sujeto. Así, permaneciendo fiel al esquema de consecuencia imputada a la realización de un determinado supuesto de hecho, la noción de sanción jurídica pierde el significado necesariamente negativo que tradicionalmente se le venía reconociendo y se presenta alternativamente como un efecto desfavorable o beneficioso para los intereses del actor según se trate de una norma represiva de conductas inconvenientes o estimuladora de comportamientos socialmente deseables. Este nuevo significado de la noción de sanción jurídica queda reflejado en la teoría del derecho contemporánea en la división de las sanciones jurídicas en sanciones jurídicas positivas y negativas⁷⁹.

Lógicamente la imputación de estos tipos de consecuencias a la realización de determinadas conductas depende fundamentalmente de la valoración que pueda realizar el legislador de los efectos inconvenientes para la preservación de la integridad de los bienes jurídicos protegibles o favorables a la instauración de un orden social más justo e igualitario. Pero dicha valoración no puede realizarse en muchos casos de una manera absolutamente automática, requiriendo, por consiguiente, la elaboración de un juicio de probabilidad.

La función promocional del derecho no se realiza únicamente a través de la instauración de técnicas de estímulo o alentamiento de las conductas individuales que se considera que favorecen la mejor conformación del orden social. Hay una manera mucho más directa y compulsiva de conseguir que los individuos participen en dicha conformación, que es no alentarles a actuar de un determinado modo, sino exigirles directamente dicha actuación. En este sentido las prestaciones obligatorias constituyen un ejemplo de actividad reconocida por el Estado como exigible en la medida en que se piensa que su realización va a favorecer los intereses sociales. Con ellas no se trata ya de estimular al individuo a la realización de ningún comportamiento sino de imponerlo coactivamente⁸⁰. En estos supuestos el juego de la idea de

79 Vease al respecto Norberto Bobbio, "Las sanciones positivas", en *Contribución a la teoría del derecho*, cit., págs. 387 y ss.

80 No podemos compartir en este punto la descripción de los contenidos posibles de las normas jurídicas que realiza Ignacio Ara Pinilla, *Teoría del Derecho*, Taller Ediciones J. B., Madrid, 1996, pág. 114, al señalar que "éstas pueden establecer la represión de conductas lesivas para determinados bienes públicos o privados, o, sin más, peligrosas, para la integridad de los mismos, la incentivación de ciertas actitudes que se consideran convenientes para el mejor desarrollo de la vida social, el status que corres-

probabilidad es bastante escaso, porque cuando se toma la decisión de requerir al individuo la realización de una actividad positiva es porque se tiene la seguridad de que efectivamente se favorecen dichos intereses sociales, o por lo menos algún tipo de intereses sociales⁸¹.

Dentro de las prestaciones obligatorias se encuentran desde luego las prestaciones impositivas. El devengo de los tributos constituye en la perspectiva del Estado social el más directo instrumento redistribuidor de que disponen los poderes públicos. También en este caso se puede considerar que, al igual que sucede con el resto de las prestaciones obligatorias, como consecuencia de su realización se produce, con seguridad, un efecto favorable a los intereses sociales, como es, ya inmediatamente, el poder disponer de una determinada cantidad económica con la que llevar a cabo la función redistribuidora del derecho. Pero la determinación de los supuestos de hecho sometidos a imposición no siempre tiene una naturaleza exclusivamente redistribuidora, sino que también tiende en ocasiones a desalentar la realización de actividades (el consumo de alcohol, por ejemplo) que pueden perjudicar los intereses sociales. En este sentido se hace preciso valorar los efectos que, en su caso, puede producir la realización de las conductas descritas como hecho imponible, a fin de comprobar su coincidencia o no coincidencia con los intereses sociales⁸². Pero nuevamente nos encontramos aquí con el hecho de que tal valoración no puede realizarse en muchos casos de manera absolutamente automática, requiriendo la elaboración de un juicio de probabilidad.

En este sentido vemos que procede la realización de juicios de probabilidad en la determinación de los supuestos de hecho que pueden dar origen a sanciones jurídicas negativas, a sanciones jurídicas positivas o a una imposición especial en el sentido de cualificada. A este respecto se trata de valorar no sólo la probabilidad de la producción inmediata de un efecto directamente desfavorable para los intereses sociales, sino también los efectos indirectos de los supuestos de hecho a tipificar. El

ponde a cada individuo dentro de la colectividad en cuestión, la distribución de bienes y servicios entre los integrantes de la comunidad que rige el derecho o su atribución a personas ajenas a la misma, la institución de poderes públicos con sus respectivas competencias".

Aún reconociendo el mérito de esta descripción casi exhaustiva de los contenidos de las normas jurídicas nos parece que tal descripción no puede ser completa si no incorpora la idea de la exigencia de ciertas actitudes como son las actitudes individuales obligatorias que la generalidad de los ordenamientos reconocen (las prestaciones sociales, la prestación de socorro, etc) en sus normas. En este sentido, nos parece más conveniente sustituir la segunda de las categorías citadas (la incentivación de ciertas actitudes que se consideran convenientes para el mejor desarrollo de la vida social) por la de la exigencia, o, en su caso, incentivación de las actitudes referidas.

81 En este sentido queda, desde luego, abierta la posibilidad de que la realización de tales actividades puedan tener un efecto global desfavorable a los intereses de la sociedad, lo que requeriría una evaluación matizada de los resultados que producen y de la aceptación social de los mismos. Pero lo que es indudable es que su instauración como conductas positivas exigibles tiene su fundamento en la consideración de que tales conductas producen, con seguridad, un efecto querido por el ordenamiento jurídico.

82 Que, en último término pueden también incorporar, en los supuestos de políticas jurídicas paternalistas sobre cuya legitimidad no nos vamos a pronunciar en este momento, la consideración de los intereses del propio sujeto que realiza la acción.

orden jurídico sanciona así negativamente no sólo la lesión de los bienes jurídicos sino también la puesta en peligro de los mismos, entendiendo al peligro como la probabilidad de la realización de una lesión efectiva de los bienes jurídicos⁸³, y sanciona positivamente (establece estímulos e incentivos) a la realización de acciones que probablemente van a contribuir al mejor desarrollo de la vida social.

El concepto de peligro o de puesta en peligro de bienes jurídicos representa la función que compete a la probabilidad a la hora de determinar la existencia de un supuesto de hecho al que se le imputa una sanción jurídica negativa. El concepto de expectativa social representa, a su vez, la función que compete a la probabilidad a fin de determinar la existencia de un supuesto de hecho al que se le imputa una sanción jurídica positiva⁸⁴. En su condición de instrumento técnico de desaliento de actividades que no necesariamente producen un daño, sino que en ocasiones es simplemente probable que lleguen a lesionar la integridad de determinados bienes jurídicos, el concepto de peligro representa también la función que corresponde a la probabilidad en la determinación de ciertos supuestos sometidos al tipo de imposición cualificada al que antes hacíamos referencia.

V. LA PROBABILIDAD EN LA DETERMINACION DE LOS HECHOS QUE SE DAN POR JURIDICAMENTE CIERTOS

Ya hemos tenido ocasión de comprobar que el sentido final de la decisión judicial no puede nunca ser captado con anterioridad a que ésta se produzca. En el complejo proceso que lleva a la decisión judicial intervienen muchos factores que afectan a la propia estructura personal del juez que hacen impredecible la conclusión a adoptar. La ideología política del juez desempeña un relevante papel a la hora de interpretar el derecho al inducir al intérprete a ensanchar o estrechar el contenido de las normas jurídicas en un intento de hacerlas compatibles con lo que él estima como la solución ideal. Pero no es sólo la ideología política ni el sistema de valores que pueda tener el juez el que permite atribuir un contenido más o menos elástico a las normas jurídicas. Hay otros muchos elementos sociales, educativos y personales que contribuyen a esta labor.

Por otra parte, el sentido final de la decisión jurídica no sólo viene marcado por la libre opción que pueda tomar el juez a la hora de dictaminar qué es lo que quiere exactamente decir un determinado mandato normativo, o una serie de mandatos nor-

83 Así, Bernd Schünemann, "Modernen Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte", en *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, pág. 794, señala que el peligro es la "probabilidad de un daño"; Hans Joachim Hirsch, "Gefahr und Gefährlichkeit", en *Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Fritjof Haft, Winfried Hassemer, Ulfrid Neumann, Wolfgang Schild und Ulrich Schroth, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993, pág. 548, indica que nos encontramos ante una actuación peligrosa "cuando a una acción le es inherente la probabilidad de dañar o perjudicar a un objeto".

84 Al estar vinculado a un tipo normativo cuya relevancia en los ordenamientos jurídicos data de una fecha relativamente reciente, el concepto de expectativa que referimos no ha tenido el mismo desarrollo doctrinal que el de peligro, el cual se encuentra vinculado a un tipo normativo prototípico de los ordenamientos jurídicos de carácter garantista, no transformador.

mativos que puedan concurrir como fundamento posible de la sentencia. Junto a la indeterminación de la norma jurídica aplicable y del significado a atribuir en el caso controvertido a la misma, resultan igualmente indeterminados, al menos hasta que no se den por probados jurídicamente, los hechos presentados para su solución jurídica.

En la medida en que los hechos objeto de la controversia jurídica pertenecen al mundo natural y tienen, por así decirlo, una existencia objetiva, podría pensarse en una determinabilidad mayor en relación a ellos que en relación al contenido de significado de la norma jurídica, que es inexistente hasta el momento en que se produzca efectivamente la interpretación. Pero una cosa es pensar que los hechos existen en el mundo natural y otra pretender que su realización por parte de un determinado sujeto y las circunstancias que acompañan a su realización tengan que ser comprendidos uniformemente por parte de los distintos miembros de la organización judicial.

También en relación a la determinación de los hechos que habrán de considerarse como jurídicamente probados entran en juego una pluralidad de elementos de muy distinto tipo. Algunos de carácter objetivo, como la mayor o menor posibilidad de acceder al conocimiento o a la reproducción de los mismos, en atención a la existencia o inexistencia de testigos, de documentos que puedan concernir al caso, de huellas que delaten la presencia en el lugar del suceso de determinadas personas, etc. Otros de naturaleza subjetiva, referidos fundamentalmente al carácter y a las circunstancias personales del propio juez. Es por ello que se señala la dificultad de conocer de antemano, superando el escepticismo del observador imparcial en relación a la determinación de los hechos y del contenido normativo aplicable⁸⁵, el sentido que pueda tomar la decisión judicial. Esta dificultad resulta muchas veces mayor en el caso de la apreciación de los hechos porque su consideración como sucesos acaecidos, aún cuando guarda algún tipo de relación con la cultura jurídica dominante, no resulta en la mayoría de las ocasiones tan condicionada por ella⁸⁶.

La prueba de los hechos realmente acontecidos no afecta, lógicamente, a la posible subsunción de los mismos en un contenido normativo tipificado. Al contrario, constituye en todo caso el presupuesto necesario para que pueda llevarse a cabo cualquier tipo de subsunción⁸⁷. Esto explica su importancia radical en el proceso que

85 Reproducimos en este punto la clásica terminología realista expresada en la distinción entre el escepticismo de los hechos y el escepticismo de las normas.

86 Asumiendo una terminología que tomamos de Albert Calsamiglia, *Introducción a la ciencia del derecho*, cit., pág. 119, podríamos decir que el "termómetro de valoración" de que dispone la comunidad jurídica no resulta tan eficaz en este caso.

87 Hay que decir que la representación general del proceso de aplicación del derecho como un proceso de subsunción sigue vigente en la mentalidad de muchos miembros de la comunidad jurídica como modelo ideal de actuación, aún cuando no refleja el funcionamiento real del juez. En este punto, contrariamente a lo que se deduce del modelo ideal indicado señala Ramón Soriano, *Compendio de teoría general del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1993, págs. 308-309, que "hay un proceso de reconstrucción por parte del jurista de los hechos acaecidos en virtud de los efectos jurídicos consecuentes a su determinación"; también Benito De Castro Cid, *Teoría del derecho*, cit., pág. 166, en relación a la posible primacía de las operaciones de constatación de los hechos, calificación jurídica de los mismos y determinación de la norma aplicable, dice que "hay una recíproca interrelación, simultánea e indisoluble, entre ambas operaciones".

conduce a la decisión judicial. Sin embargo, que un hecho se dé por probado, y que sea en consecuencia objeto de la correspondiente valoración normativa, no quiere decir, ni mucho menos, que ese hecho se haya producido efectivamente. Lo único que significa es que en relación a la producción de ese hecho se ha estimado la existencia de indicios suficientes, pero que no garantizan desde luego su verdad, pues, como dice Luis Prieto Sanchís, "la verdad jurídica no puede ser fijada por el tribunal al modo que el científico nos propone una verdad física o natural" ⁸⁸. Ni siquiera la hipotética confesión por parte de un sujeto de la realización de un hecho al que el ordenamiento jurídico le imputa una sanción negativa es garantía suficiente de que tal hecho haya tenido efectivamente lugar. La experiencia demuestra a este respecto que la presunción de la voluntad de eludir la aplicación de sanciones jurídicas negativas no es un elemento determinante de la verdad de ninguna actuación ni de la existencia de ningún hecho de relevancia jurídica.

Por otro lado el juez se encuentra a menudo con "barreras al hallazgo judicial de la verdad" ⁸⁹, que sobre la base de la preservación de la integridad de otros bienes jurídicos dificultan la apreciación de los hechos acontecidos⁹⁰. En este sentido, y al margen de la información irregular que pueda obtenerse a través de procedimientos que puedan contravenir las limitaciones legales al respecto⁹¹, no queda así otra posibilidad que acudir al juicio de probabilidad para poder estimar hipótesis plausibles que se hagan merecedoras del título de hechos probados. La prueba de los hechos entendida como certeza de la realización de los mismos constituye una ilusión, pero la utilización de criterios de probabilidad puede proporcionarles una justificación real como hechos a enjuiciar en el proceso judicial.

Se ha discutido en la doctrina jurídica acerca del tipo de probabilidad que se da en relación a la prueba de los hechos⁹². Por nuestra parte creemos que la apreciación de los hechos probados ha de fundarse desde luego, en la medida de lo posible, en datos objetivos, que en muchos casos tendrán un valor simplemente indicial. Estos datos pueden muchas veces proporcionar una visión desvirtuada de la realidad, al haberse transmitido su conocimiento de manera errónea o al no poder ser apreciados en su integridad. Será luego necesario también considerar los indicios que se

88 Luis Prieto Sanchís, *Ideología e interpretación jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, pág. 97.

89 Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., pág. 303.

90 Como dice Marcelino Rodríguez Molinero, *Introducción a la ciencia del derecho*, cit., pág. 208, "el hallazgo de la verdad, aunque es un fin muy importante para el derecho, no es un fin único ni es siempre el fin primordial, pues en determinadas ocasiones ha de subordinarse a otros fines que el derecho considera superiores".

91 Luis Prieto Sanchís, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., pág. 98: "No cabe excluir que la conciencia sobre la verdad de unos hechos se consolide con informaciones irregulares... Como es lógico, cualquier información que no provenga de los canales admitidos ha de ser omitida a la hora de redactar los resultados de hechos probados, pero ello no significa que no ejerza alguna influencia sobre el juez".

92 Vease a este respecto la polémica entre Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, traducción española de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Mandrés, Editorial Trotta, Madrid, 1995, págs. 141 y ss., quien se remite a la idea de la probabilidad subjetiva como fundamento de la inferencia del juez, y Daniel Mendonca, *Interpretación y aplicación del derecho*, cit., pág. 80 y ss., quien opta por la valoración objetiva.

posean en el contexto general que permita deducir la mayor o menor probabilidad de que el suceso enjuiciado ha tenido lugar, asumiendo que en general el juez "se conforma con un alto grado de probabilidad para obtener de ello la convicción de que fué así y no de otro modo" ⁹³. Es esta conformidad del juez con la aplicación de un simple criterio de probabilidad a los hechos que se han de dar por probados la que hace posible el propio enjuiciamiento de los hechos e incluso el desempeño de la labor judicial, porque de otro modo la falta de certeza de la realización de los hechos haría imposible cualquier tipo de valoración jurídica.

En la apreciación de la probabilidad de que los hechos enjuiciados hayan tenido lugar el juez realiza inferencias que no hacen más que reforzar la plausibilidad de la presunción en que consiste siempre la determinación de los hechos que se dan por probados. Pretender que el juez accediese a ese tipo de presunciones de una manera neutra sería desconocer su condición humana y cerrar los ojos a las múltiples influencias a que se ve sometido incluso a la hora de realizar juicios de probabilidad sobre la base de indicios más o menos consistentes.

93 Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., pág. 302.