

CARMEN VÁZQUEZ  
(ED.)

**ESTÁNDARES DE PRUEBA  
Y PRUEBA CIENTÍFICA**  
**Ensayos de epistemología jurídica**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

# ÍNDICE

|  | Pág. |
|--|------|
| <b>A MODO DE PRESENTACIÓN, <i>Carmen Vázquez</i> .....</b>   | 11   |
| 1. SOBRE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA .....   | 11   |
| 2. ESTÁNDARES DE PRUEBA .....  | 13   |
| 3. LA PRUEBA PERICIAL-CIENTÍFICA .....   | 16   |
| 4. ELEMENTOS Y ESTÁNDARES DE PRUEBA .....  | 19   |
| <br>   |      |
| <b>I. LA PRUEBA ES LIBERTAD, PERO NO TANTO: UNA TEORÍA DE LA PRUEBA CUASIBENTHAMIANA, <i>Jordi Ferrer Beltrán</i>.....</b> | 21   |
| 1. INTRODUCCIÓN.....   | 21   |
| 2. LOS MOMENTOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO JUDICIAL .....  | 24   |
| 2.1. La conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas.....  | 24   |
| 2.2. La valoración de los elementos de juicio o pruebas .....  | 26   |
| 2.3. La adopción de la decisión sobre los hechos probados .....  | 27   |
| 3. LA CRÍTICA DE STEIN A LA TRADICIÓN RACIONALISTA.  | 28   |
| 4. RECONSIDERANDO LAS TESIS DE PARTIDA .....   | 33   |
| BIBLIOGRAFÍA .....   | 37   |
| <br>   |      |
| <b>II. LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA Y LOS LÍMITES DEL ANÁLISIS JURÍDICO, <i>Ronald J. Allen</i>.....</b>                       | 41   |
| 1. LA IMPORTANCIA DE LAS CARGAS DE PERSUASIÓN.....   | 43   |

|  | Pág.       |
|--|------------|
| 2. LOS LÍMITES DEL ANÁLISIS JURÍDICO .....   | 48         |
| BIBLIOGRAFÍA .....   | 63         |
| <b>III. EL PROBABILISMO JURÍDICO: UNA DISENSIÓN EPISTEMOLÓGICA, Susan Haack.....</b>   | <b>65</b>  |
| 1. LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA DEBEN SER ENTENDIDOS COMO GRADOS DE AVAL.....  | 66         |
| 2. LOS GRADOS DE AVAL NO SON PROBABILIDADES MATEMÁTICAS.....   | 75         |
| 3. EL CASO <i>COMMONWEALTH V. SACCO AND VANZETTI</i> : EL FUNDAHERENTISMO FUNCIONA MEJOR QUE EL BAYESIANISMO SUBJETIVO.....                                | 83         |
| 4. <i>PEOPLE V. COLLINS</i> : UNA VEZ MÁS, EL FUNDAHERENTISMO FUNCIONA MEJOR QUE EL BAYESIANISMO SUBJETIVO.....  | 89         |
| BIBLIOGRAFÍA .....   | 95         |
| <b>IV. ESTÁNDARES DE PRUEBA Y TEORÍA DE LA PRUEBA, Michael S. Pardo.....</b>   | <b>99</b>  |
| 1. CRITERIOS TEÓRICOS Y PRESUPUESTOS CLARIFICADORES.....   | 100        |
| 1.1. El requisito de nivel micro .....   | 101        |
| 1.2. El requisito de nivel macro.....  | 102        |
| 1.3. El requisito de integración.....  | 104        |
| 2. TEORÍAS PROBABILÍSTICAS DE LA PRUEBA Y ESTÁNDARES DE PRUEBA PROBABILÍSTICOS .....   | 105        |
| 2.1. El nivel micro .....  | 105        |
| 2.2. El nivel macro.....   | 110        |
| 2.3. Integración.....  | 112        |
| 3. UNA TEORÍA EXPLICATIVA DE LA PRUEBA .....   | 113        |
| 3.1. El nivel micro .....  | 114        |
| 3.2. El nivel macro.....   | 115        |
| 3.3. Integración.....  | 116        |
| BIBLIOGRAFÍA .....   | 117        |
| <b>V. LA ELEMENTAL ARITMÉTICA EPISTÉMICA DEL DERECHO II: LOS INAPROPIADOS RECURSOS DE LA TEORÍA MORAL PARA ABORDAR EL DERECHO PENAL, Larry Laudan.....</b> | <b>119</b> |
| 1. PERSPECTIVA GENERAL.....  | 120        |

|   | Pág.       |
|---|------------|
| 2. PARTE I: LOS FORCEJEOS DE LA DEONTOLOGÍA CON EL ESTÁNDAR DE PRUEBA .....   | 121        |
| 3. PARTE II: ¿PUEDE LA TEORÍA MORAL DEONTOLÓGICA EXPLICAR O JUSTIFICAR REGÍMENES PUNITIVOS ESPECÍFICOS? .....   | 126        |
| 4. CONCLUSIÓN.....  | 132        |
| BIBLIOGRAFÍA .....  | 133        |
| <br>  |            |
| <b>VI. ¿FUE EL BEBÉ SACUDIDO? PRUEBA, PERICIA Y EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA EN EL PROCESO PENAL INGLÉS, <i>Paul Roberts</i></b> .....                        | <b>135</b> |
| 1. INTRODUCCIÓN: LA PREOCUPACIÓN EPISTÉMICA EN LA JURISDICCIÓN PENAL.....   | 135        |
| 2. HISTORIA DE LOS CASOS .....  | 138        |
| 3. LA JURISDICCIÓN DE APELACIONES EN INGLATERRA Y GALES: EL OBJETO Y LA RAZÓN DE SER DE LAS APELACIONES PENALES EN UN SISTEMA PROCESAL ADVERSARIAL..... | 140        |
| 4. ERRORES DE DERECHO Y DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS EN LAS APELACIONES PENALES DE CONDENAS DICTADAS POR JURADOS.....                                    | 148        |
| 5. PRECEDENTES JURÍDICOS Y HECHOS CIENTÍFICOS .....   | 159        |
| 6. INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA Y DESACUERDO ENTRE PERITOS .....  | 164        |
| 7. CONFLICTOS SOBRE LA AUTORIDAD DEL PERITO Y SU CREDIBILIDAD .....   | 169        |
| 8. CONCLUSIÓN: HACIENDO JUSTICIA A LA PRUEBA PERICIAL Y A LA PRUEBA CIENTÍFICA .....  | 175        |
| BIBLIOGRAFÍA .....  | 177        |
| <br>  |            |
| <b>VII. PRUEBA CIENTÍFICA. UN MAPA DE RETOS, <i>Marina Gascón Abellán</i></b> .....   | <b>181</b> |
| 1. PRUEBA CIENTÍFICA. SOBREALORACIONES Y PARADIGMAS .....   | 181        |
| 1.1. El mito .....  | 181        |
| 1.2. Sobrevaloración epistémica.....  | 183        |
| 1.3. Sobrevaloración semántica.....   | 185        |
| 2. EL PARADIGMA DE LA VEROSIMILITUD.....  | 188        |
| 2.1. Lo que dicen los datos .....   | 188        |

|  | Pág. |
|--|------|
| 2.2. Lo que debe creerse.....  | 188  |
| 2.3. Lo que debe hacerse.....  | 189  |
| 3. LOS RETOS.....  | 190  |
| 3.1. Sobre la admisibilidad de la prueba científica. El juez como <i>gatekeeper</i> .....                            | 191  |
| 3.2. Sobre el modo de transmitir los resultados de la prueba científica.....   | 194  |
| 3.3. Sobre la valoración de la prueba.....   | 196  |
| BIBLIOGRAFÍA.....  | 199  |
| <b>VIII. LA APLICACIÓN DE ESTÁNDARES CIENTÍFICOS A LAS CIENCIAS SOCIALES Y FORENSES, <i>Michele Taruffo</i>.....</b> | 203  |
| BIBLIOGRAFÍA.....  | 212  |
| <b>IX. UNA APROXIMACIÓN PRAGMATISTA AL TESTIMONIO COMO EVIDENCIA, <i>Andrés Páez</i>.....</b>                        | 215  |
| 1. INTRODUCCIÓN.....   | 215  |
| 2. LOS PROBLEMAS DE LAS APROXIMACIONES REDUCTIVAS AL TESTIMONIO.....   | 218  |
| 3. APROXIMACIONES REGLA-REDUCTIVAS AL TESTIMONIO.....  | 219  |
| 4. LA INVESTIGACIÓN COMO UN PROBLEMA DE DECISIONES.....  | 222  |
| 5. LA BÚSQUEDA DE UNA JUSTIFICACIÓN PARA EL TESTIMONIO.....  | 224  |
| 6. LA ACEPTACIÓN DEL TESTIMONIO COMO EVIDENCIA...  | 233  |
| 7. CONCLUSIÓN.....   | 236  |
| BIBLIOGRAFÍA.....  | 237  |

# A MODO DE PRESENTACIÓN

Carmen VÁZQUEZ  
Universitat de Girona

## 1. SOBRE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA

Esta compilación de artículos es el resultado de un taller que, con el mismo título del libro, organizó el grupo de filosofía del derecho de la Universidad de Girona en mayo de 2011<sup>1</sup>. Los temas abordados, el diseño de estándares de prueba y la valoración de la prueba científica, son sin lugar a dudas dos de los más problemáticos en el ámbito de la epistemología jurídica. Por ello, decidimos dedicarle esas jornadas de estudio. En el evento los autores presentaron una versión preliminar de los trabajos aquí compilados, que fueron debatidos con todos los asistentes durante dos días de intenso y muy fructífero trabajo. A los autores, al público asistente, así como a los diversos traductores les agradezco su valiosa contribución al resultado de esta obra<sup>2</sup>.

Son dos las características que inicialmente quiero destacar en esta breve introducción, pues hacen poco común este escenario de análisis en el ámbito

---

<sup>1</sup> Para el cual se recibió financiamiento de la AGAUR (Generalitat de Catalunya) a través de la ayuda para la organización de congresos ARCS (2010 ARCS1 00141) y de la ahora Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación mediante la Acción Complementaria 2010 (DER2010-11788-E —subprograma JURI—) al proyecto «Ciencia y proceso judicial: prueba y atribución de responsabilidad» (DER2010-21331-C02-02).

<sup>2</sup> A título personal quiero agradecer, en primer lugar, a Jordi FERRER la invaluable oportunidad de editar este libro y todo el apoyo recibido durante esta edición; así como a mis compañeros del área de filosofía del derecho de la UdG que colaboraron en la organización del evento. Y en segundo lugar, a Maximiliano ARAMBURO, Gonzalo SEJAS, Diego DEI VECCHI, Carlos BERNAL y María José VIANA muchas gracias por toda su disponibilidad (y paciente apertura para discutir y revisar los textos) durante la traducción de los artículos.

jurídico y, además, permiten entender mejor la estructura de este libro: la confluencia de dos tradiciones (la del *common law* y la de derecho romano-germánico) y la *aplicación* de desarrollos teóricos de un área del conocimiento no-jurídica (la epistemología) a problemas eminentemente jurídicos, y quizá como corolario de esto, la participación de expertos de esta área.

En cuanto a la confluencia de tradiciones, comúnmente se destacan las diferencias generales entre sus modelos de proceso judicial. Así, por ejemplo, se suele decir que el *common law* tiene un proceso marcadamente adversarial en el que las partes (o, quizá mejor dicho, los abogados de éstas) juegan el rol primordial y, además, se caracterizaría por la potencial presencia como juzgador de los hechos de un jurado lego que no tiene obligación de motivar sus veredictos. Mientras, el proceso de tradición romano-germánica se suele plantear como un escenario donde el juez sigue teniendo en mayor o menor medida un rol más activo entre los actores y, por otro lado, el juzgador de los hechos sería en la gran mayoría de los casos un juez profesional con obligación constitucional de motivar sus sentencias. Con cierta independencia tanto de la corrección de estas amplísimas descripciones así como de sus matices y alcances, estas diferencias se acentúan en los temas concretos sobre los que tratan los trabajos de este libro, es decir, en la necesidad de establecer y aplicar estándares de prueba y en el tratamiento de la ahora en boga prueba científica<sup>3</sup>.

Así pues, cabe advertir al lector que cuando en los diversos textos se habla de «sistema» o «práctica judicial», muchas veces se está haciendo referencia exclusivamente al contexto jurídico de los autores, por lo que se debe ser prevenido y crítico, no trasplantando de un sistema a otro posibles problemas o lo que se podrían calificar como soluciones viables sin el análisis oportuno. Hay que considerar con especial cuidado que en el mundo anglosajón muchas de las reglas probatorias y el análisis teórico respectivo versan sobre qué pruebas serán presentadas ante el jurado y, por ello, los controles de admisibilidad de los elementos de juicio resultan comparativamente mucho más importantes en su derecho probatorio que en los sistemas de tradición romano-germánica<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Temas en los que la bibliografía y la jurisprudencia anglosajonas son, desde hace muchos años, extensas y ricas. Parte de esta tradición probatoria se ha reflejado en la elaboración de regulaciones concretas al respecto; ejemplo de ello son las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses (FRE), de las que se encontraran varias referencias en el texto, y la aparición de influyentes escuelas de pensamiento, como la llamada *Rationalist Tradition of Evidence* o la *New Evidence Scholarship*.

<sup>4</sup> Una de las características del sistema anglosajón, predominantemente en el estadounidense, son las reglas que excluyen pruebas *relevantes* no sólo por cuestiones de licitud o de limitaciones temporales, sino para mantener cierto control sobre el jurado y sobre los abogados. Muchas veces se enfatiza que la exclusión de pruebas se hace con el objetivo de proteger al jurado (e indirectamente a las partes) de los efectos que puedan tener en su decisión cierto tipo de pruebas; con independencia de la corrección de este argumento (psicologista), vale la pena tomar en cuenta que son pocos los procesos que realmente llegan a fase de juicio oral ante jurado, la mayoría termina en fases anteriores, lo que cuanto menos resta importancia a esta situación. Por lo que toca a la exclusión de pruebas como medio para controlar a las partes y a sus abogados, se fundamenta por algunos autores estadounidenses como un mecanismo para obligar a las partes a presentar mejores pruebas, en una suerte de prevención de errores.

Ahora bien, a pesar de las posibles especificidades de cada práctica jurídico-procesal concreta, se ha de enfatizar que los trabajos compilados tienen una pretensión teórica mucho más amplia, dados los problemas que se abordan y la forma en que se hace. Sin duda, como advierte el subtítulo de la obra, se trata de una compilación de teoría de la prueba jurídica o, mejor aún, de *epistemología jurídica*<sup>5</sup>. En este escenario, es sin duda un privilegio contar con grandes epistemólogos con intereses teóricos en el derecho, como HAACK y LAUDAN, y con un reconocido filósofo de la ciencia, PÁEZ, aportando una mirada refrescante a las muchas veces cerradas estructuras del pensamiento jurídico.

Las concepciones sostenidas por los autores son desde luego diversas. Sin embargo, podríamos decir que todos asumen, como común denominador, la averiguación de la verdad como objetivo fundamental del proceso. Por otro lado, al centrar la atención en las decisiones (y las reglas atinentes) que *con base en las pruebas*, y no meramente como resultado de cierto estado mental, toma el juez y/o el juzgador de los hechos<sup>6</sup>, consideran indispensable el análisis de cuestiones relacionadas con las creencias, la justificación, el conocimiento, la calidad de los elementos de juicio (*evidence*), los estándares probatorios, qué cuenta como determinación de los hechos (*proof*), etc. Aunque el libro se centra sólo en el tema de estándares y cierto tipo de elementos de juicio, están presupuestas discusiones más profundas sobre todas estas cuestiones epistemológicas.

## 2. ESTÁNDARES DE PRUEBA

El análisis, e incluso la conciencia de la necesidad, de los estándares de prueba, desafortunadamente, es muy poco común en los sistemas de tradición romano-germánica<sup>7</sup>. Pareciera que bajo el llamado sistema de la libre valora-

---

<sup>5</sup> «Epistemología jurídica» o «*legal epistemology*» han sido expresiones hasta ahora usadas habitualmente para referirse de forma exclusiva a un tipo de análisis de los problemas (o de algunos problemas) de la prueba judicial. Sin embargo, el adjetivo «jurídica», obviamente, va mucho más allá del contexto probatorio y/o procesal, por lo que podría alegarse que los problemas de la llamada epistemología jurídica irían más allá de este ámbito. A manera de ejemplo, podría aludirse a la pregunta: ¿es posible conocer el derecho (entendido como proposiciones normativas) de forma neutral? Sin embargo, reconociendo esto, en el marco de éste libro, por epistemología jurídica sólo se hace alusión al contexto procesal probatorio.

<sup>6</sup> «Juez» y «juzgador de los hechos» no son sinónimos. Es importante, sobre todo para la comprensión de muchos de los problemas que abordan los estudiosos de sistemas del *common law*, distinguir las actividades jurisdiccionales que en materia probatoria se efectúan *previamente* a la etapa de valoración de elementos de juicio y toma de decisión, *v. gr.* la admisión y exclusión de pruebas. Puede darse el caso de que un mismo sujeto (el juez profesional) efectúe todas estas funciones, como suele ser en los sistemas romano-germánicos o en los llamados *bench trials* estadounidenses. Ahora bien, en los sistemas del *common law* esta distinción se refleja sobre todo en la (debatida) separación entre «cuestiones de derecho» y «cuestiones sobre los hechos»: las primeras recaen siempre sobre un juez profesional, mientras las segundas pueden recaer sobre un juzgador de los hechos lego, *i. e.*, el jurado lego.

<sup>7</sup> Diría que, en castellano, FERRER BELTRÁN es el primer estudioso del derecho en profundizar sobre este problema, ofreciendo no sólo todo un andamiaje para el análisis de la institución probatoria



ción de la prueba todo lo que importa es si, habiendo oído todos los elementos de juicio admitidos y practicados, la mera creencia de los juzgadores de los hechos es firme y sólida. Pero, cabe preguntarse, ¿en qué situación queda el ciudadano que está siendo parte de un proceso si aunque se le asegure un derecho al debido proceso (*in itinere*) y a la prueba, finalmente termina siendo condenado o declarado responsable cuando el juzgador considera a bien que está *persuadido, firmemente convencido, etc.*?

En este sentido, es indispensable enfatizar la imperiosa necesidad de establecer un umbral que determine el grado de prueba mínimo para «tener por probado que *p*» o, lo que es lo mismo, para que el juzgador tome la decisión en uno u otro sentido. Para esto último, no es suficiente la comparación entre todas las pruebas que pretenden avalar las dos hipótesis fácticas en juego, y no sólo porque posiblemente estén establecidas cargas de prueba distintas, sino porque la hipótesis que se declarará probada debería necesariamente alcanzar cierto grado de prueba. Este grado, por otro lado, debe ser previamente conocido por las partes procesales, o más precisamente, debería estar establecido en la legislación correspondiente.

A efectos de situar mejor la discusión sobre los estándares de prueba es necesario resaltar dos cuestiones. Primera, no se trata de una especie de regreso a las reglas de prueba tasada, pues los estándares de prueba suelen plantearse principalmente en la valoración del conjunto de pruebas *a efectos de* la toma de la decisión final; no afectan a elementos de prueba concretos estableciendo su valor a priori, como sí lo hacen las reglas de prueba tasada y sustituyendo en gran medida la actividad evaluativa o los criterios del juzgador (actuando, en este sentido, como una especie de presunción *iuris et de iure*)<sup>8</sup>. Segunda, el estándar de prueba presupone una decisión de política pública sobre el beneficio de la duda que se pretende dar a cada una de las partes implicadas y, con ello, la *distribución* de errores entre las mismas que se busca conseguir en un proceso judicial. En este sentido, a la epistemología sólo le corresponde la *construcción* del estándar de prueba, mas no determinar el grado mínimo indispensable, *i. e.*, epistemológicamente se podría decir el cómo pero no el cuánto.

---

en general, sino un ejemplo de cómo formular un estándar adecuado epistemológicamente y exigente, si así se ha decidido previamente, en materia penal.

<sup>8</sup> En los textos compilados, las discusiones sobre los estándares son fundamentalmente en este sentido, *i. e.*, para la toma de la decisión final. Sin embargo, en la literatura especializada también se discute la necesidad de establecer estándares para la toma de decisiones previas a la decisión final como, por ejemplo, decretar un arraigo o incluso dictar prisión preventiva o medidas de alejamiento, etc. Para las cuales, el conjunto de elementos de pruebas disponibles es, obviamente, diferente.

Por otro lado, se ha planteado también cuán exigentes deberíamos ser partiendo de ciertos criterios establecidos para la valoración de elementos de juicio concretos; pensemos por ejemplo en la fiabilidad, al ser un criterio gradual, la pregunta sería ¿cuán fiable debería ser la prueba para ser admisible? Sin embargo, en mi opinión, esta respuesta corresponde al criterio mismo en el caso concreto y no a un estándar de prueba en juego.

Pues bien, en la práctica anglosajona se tienen establecidos diferentes estándares más o menos exigentes, no carentes de otros serios problemas, para los diversos tipos de procesos. Así, en el ámbito penal el conocido *beyond a reasonable doubt* (más allá de toda duda razonable), mucho más exigente que los *more probable tan not* (más probable que su negación), *preponderance of the evidence* (preponderancia de la prueba)<sup>9</sup> o *clear and convincing evidence* (prueba clara y convincente) usados en el ámbito civil. Se asume, claramente, que los costes de los errores en uno y otro tipo de procesos son muy diversos y, por ello, requieren estándares de prueba también diferentes; ahora bien, una de las discusiones actuales en materia procesal penal es si *todos* los delitos, presuponiendo que la gravedad de las conductas consideradas delictivas (y su pena) son distintas, deberían decidirse uniformemente por un mismo umbral tan exigente o si lo más adecuado sería diseñar estándares ajustados a esta situación<sup>10</sup>.

Este ya complejo panorama quizá nos da la pauta de la gran diversidad de cuestiones que el tema de los estándares de prueba exige abordar; así pues, haciendo las veces de hilo conductor del análisis, veremos en los siguientes artículos distintos «puntos de salida» con el objetivo de entender mejor lo que está en juego en la práctica probatoria. Veamos.

Jordi FERRER, inicia la discusión sobre estándares de prueba con su artículo «La prueba es libertad pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthaniana», dibujando un panorama sobre los diversos momentos probatorios y el papel que en cada uno de ellos juega (o debería jugar) el derecho y la epistemología. Los argumentos vertidos vienen a propósito de la conocida tesis abolicionista de BENTHAM que, como el nombre indica, pretende sostener la necesidad de abolir el derecho probatorio en pro de la averiguación de la verdad. El autor cuestiona el alcance de dicha tesis sosteniendo que los criterios epistemológicos, al no tener carácter práctico, son insuficientes para guiarnos en la toma de decisión.

Ron ALLEN, por su parte, en «Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico» analiza algunos problemas en la conceptualización de la llamada «carga de persuasión». Asumiendo ciertas descripciones empíricas del ámbito probatorio, critica algunos presupuestos usados por teóricos que

---

<sup>9</sup> Los estándares civiles de la «preponderancia de la prueba» y el «más probable que su negación», se han usado tradicionalmente de forma intercambiable, como sinónimos. Sin embargo, el primero de ellos parecería establecer que para su satisfacción es suficiente con tener simplemente *más pruebas* que la contraparte, lo que constituye un error; *ambas* partes podrían tener un conjunto de pruebas débil o insuficiente para cumplir con lo exigido por el estándar, aunque una siga preponderando sobre la otra. Por ello algunos teóricos han manifestado su preferencia en usar «más probable que su negación» en lugar de la preponderancia de la prueba.

<sup>10</sup> Piénsese, por ejemplo, en los costes que puede llegar a tener la pérdida de la patria potestad en materia civil frente a los costes de un delito contra la seguridad vial. Pareciera que los bienes jurídicos en juego ameritan una mayor exigencia en el primero y no tan alta en el segundo.

pretenden desarrollar un proyecto normativo del mismo; y concluye que sus insuficiencias sugieren que las herramientas analíticas empleadas más que esclarecer el objeto de investigación, lo conciben erróneamente, por lo que son necesarias otras formas alternativas de análisis que intentará apuntar.

Susan HAACK, por otro lado, en «El probabilismo jurídico: Una disensión epistemológica», aborda la compleja cuestión sobre qué tipo de grados son exactamente los grados de prueba, ofreciéndonos su teoría fundaherentista (una aproximación tripartita de la prueba) como alternativa a las concepciones probabilísticas en este contexto. Mostrando, además, su aplicabilidad en dos famosos casos estadounidenses que le sirven como un buen ejemplo práctico.

Michael PARDO, en su trabajo «Estándares de prueba y teoría de la prueba», nos brinda un panorama general sobre los aspectos que toda propuesta teórica sobre el proceso probatorio debería tomar en cuenta; para ello, identifica un nivel macro, un nivel micro y la integración entre éstos, planteando problemas de distinta índole en cada uno. Después de analizar los distintos problemas que las concepciones probabilísticas de la prueba tienen en dichos niveles, ofrece como alternativa su concepción de la prueba jurídica como inferencia a la mejor explicación; ésta, en su opinión, resulta compatible con la mejor descripción empírica con que se cuenta hasta ahora en el ámbito anglosajón (*Story Model*).

Y, Larry LAUDAN en «La elemental aritmética epistémica del derecho II», intenta demostrar la arbitrariedad de la idea de que una falsa condena es mucho peor que una falsa absolución, subyacente en los estándares de prueba en materia penal. Para ello, nos ofrece una fuerte crítica a los proyectos deontologistas, dada su imposibilidad para graduar objetivamente los daños morales relevantes y poder especificar cuál es la pena merecida para cada delito. Según el autor, deberíamos saber cuán lesivo es un daño para determinar cuán exigente debería ser el estándar probatorio.

### 3. LA PRUEBA PERICIAL-CIENTÍFICA

Por otro lado, en los últimos años, debido en parte a la especialización (y a veces hiperespecialización) de nuestras sociedades y/o el significativo y creciente impacto que la ciencia y la tecnología tienen en nuestra vida cotidiana, la prueba pericial, en concreto la llamada prueba científica, ha cobrado suma importancia en la práctica jurisdiccional, siendo también cada vez más los estudios al respecto en el ámbito teórico-dogmático. En este sentido, resulta muy conveniente preguntarse no sólo *cómo* han afrontado este panorama los sistemas jurídicos sino precisamente *cuál* es el reto (o los retos) que se afrontan con respecto al conocimiento experto relevante para la toma de decisiones judiciales.

Si pretendemos responder al cómo, deberíamos decir que los sistemas de derecho romano-germánico han contado tradicionalmente con los llamados peritos oficiales y/o se ha considerado que todo perito tiene una obligación primordial con el tribunal y/o la impartición de justicia (estableciendo incluso diversos tipos de sanciones en casos de incumplimiento). Por ello, uno de los criterios fundamentales (si no el criterio o metacriterio fundamental) para valorar la prueba pericial ha sido la *imparcialidad* del perito, entendida básicamente como ausencia de relación con las partes. Sin embargo, aun cuando la imparcialidad del perito es importante, podría *no* determinar la calidad del peritaje: un perito imparcial puede cometer errores, tener creencias falsas, usar técnicas con grados de fiabilidad cuestionables, ser incompetente, etc. Entonces, considerar única y exclusivamente este criterio oscurece otro tipo de parcialidades, digamos, más cognoscitivas que personales, reduciendo en un sentido importante lo sustantivo a la forma.

Por lo que toca a los sistemas del *common law*, por otra parte, la prueba pericial tradicionalmente se ha vehiculado a través de un «*expert witness*» (testigo experto), implicando que el perito es considerado un *testigo de parte* y, por definición, parcial. Así pues, sabiendo de esta parcialidad pericial de origen, se han preocupado fundamentalmente en ofrecer criterios que permitan al juez directamente valorar la *información* ofrecida por el perito. Situándonos en los Estados Unidos, por ejemplo, desde 1923 con la resolución del caso *Frye v. United States*, ha estado sobre la mesa de discusión el criterio de la «aceptación general de la comunidad científica relevante»; o, a partir de 1993, con la resolución del caso hito en el tratamiento judicial de la *expert evidence*, *Daubert v. Merrell Dow, Inc.*, la llamada «fiabilidad probatoria» y sus muy diversos indicios sugeridos tanto por los tribunales como por la doctrina en los últimos años, centrando el debate básicamente en esa cuestión<sup>11</sup>.

En este amplísimo panorama, se inserta el trabajo de Paul ROBERTS, ¿Fue el bebé sacudido?, analizando la resolución en apelación de un trío de casos penales donde se discutían hechos concernientes a la muerte y/o las lesiones de bebés o infantes en los que, dadas las circunstancias, la prueba fundamental fue de carácter pericial. Se explicitan entonces los problemas enfrentados en

---

<sup>11</sup> En los últimos años el impacto del caso *Daubert* ha sido muy significativo en diversos países, no sólo del *common law* sino también de nuestra tradición; aunque, desafortunadamente, pocas veces media un análisis profundo sobre la viabilidad del trasplante. Así, por ejemplo, en mi opinión, deben distinguirse al menos tres cuestiones implícitas en *Daubert* cuyas problemáticas son diversas: el rol del juez como *gatekeeper* o vigilante, el meta-criterio de fiabilidad y los criterios que servirían de indicios de la fiabilidad. Respecto al primero, los controles de admisibilidad en Estados Unidos suponen la presencia de un juez de la causa (precisamente, que hace las veces de vigilante de la entrada) diferente al juzgador de los hechos (jurado), al sugerir la adopción de *Daubert* en este sentido, ¿se está sugiriendo también que nuestros sistemas prevean un juez de admisión diverso al juzgador que valora las pruebas? O, de lo contrario, ¿esa «prevaloración» de la calidad de las pruebas no se convierte más bien en una doble valoración innecesaria? Por lo que toca a la fiabilidad y sus posibles indicios, ¿qué exigencias tiene este criterio?, ¿los indicios de fiabilidad propuestos son aplicables a *toda* prueba pericial y accesibles para los juzgadores?, etcétera.

la revisión de la valoración probatoria de controvertidas hipótesis médico-científicas hecha por los jurados y la importancia de considerar ciertas especificidades de una práctica procesal concreta.

Marina GASCÓN, en su trabajo «Prueba Científica. Un mapa de retos», refiriéndose fundamentalmente a los problemas que presentan las llamadas ciencias forenses en lo que identifica como el paradigma (jurídico) de la individualización, sugiere el uso del llamado Teorema de Bayes para la valoración particular de este tipo de pruebas. Esto, en su opinión, formaría parte de un indispensable cambio de paradigma (al de la verosimilitud) en el que, además de haber filtros más fuertes de admisibilidad, se haga una clara distinción entre la tarea del juez y la del perito.

Por su parte, en «La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses», Michele TARUFFO nos ofrece un panorama general de la problemática de las pruebas científicas haciendo alusión a la experiencia estadounidense más reciente, más allá de *Daubert*, poniendo sobre la mesa la necesidad de contar con mayor información empírica sobre las ciencias que se usan como pruebas.

Ahora bien, una cuestión fundamental a responder es precisamente *cuál* es el reto que se pretende afrontar en el tratamiento de la prueba pericial. Si bien es cierto que la respuesta quizá dependería en gran parte del sistema jurídico concreto en un momento determinado, las posibilidades epistemológicas deberían ser planteadas, básicamente: cierta deferencia (racional) a la autoridad epistémica experta o, por el contrario, un razonamiento inductivo del juez o juzgador a partir de cierta (meta)información considerada pertinente<sup>12</sup>.

De inicio parecería asumirse que se requiere sólo *un* modelo normativo de prueba pericial, que los criterios de valoración sugeridos servirían o fracasarían para ese modelo, bien se trate, por ejemplo, de un perito de confianza del juez (oficial o no) o de un perito de parte, ambos deberían responder a ese modelo<sup>13</sup>. Sin embargo, creo que éste ha sido un grave error en el análisis de

---

<sup>12</sup> Evidentemente todo esto requiere una mayor explicación y fundamentación que no se puede desarrollar aquí. Sin embargo creo oportuno hacer dos observaciones concretas. Primera, la deferencia de la que se habla aquí es epistémica, no práctica; dice al juez lo que habría que creer y no lo que habría que hacer, por lo que no estoy decantándome por convertir al perito en el juzgador de los hechos (preocupación siempre latente del sistema). En todo caso, creo que esta preocupación (justificada) ha sesgado mucho las posibilidades de discusión racional y generado prácticas cuestionables (como que los tribunales acudan a expertos que consideran de su confianza a fin de abordar cuestiones periciales, sin explicitar esto en el caso correspondiente). Y, segunda, para exigir al juzgador que razone inductivamente sobre la prueba pericial en cuestión, se requeriría contar con mucha mayor información sobre la información subyacente a esas pruebas; lo que exigiría llevar a cabo investigaciones empíricas sólidas. Una tarea pendiente y muy apremiante a la fecha.

<sup>13</sup> Al respecto, la doctrina procesalista española ha discutido durante varios años si la prueba pericial es una prueba en sí misma o se trata más bien de un «auxiliar del juez». Discusión que incluso ha llevado al pronunciamiento en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En mi opinión, esta formidable intuición de los grandes dogmáticos procesalistas ha estado absolutamente carente de fundamentos epistemológi-

la prueba pericial y que podrían estar en juego al menos dos modelos muy diversos conviviendo pacíficamente en un sistema jurídico, pero accionándose con presupuestos diversos.

El fundamento para la afirmación anterior es netamente de carácter epistémico, dependiente de la justificación de las llamadas creencias o conocimiento testimonial. En este sentido, primero habría que reconocer, o explicitar, que epistemológicamente la prueba pericial *es* un tipo de testimonio, con absoluta independencia de las diferencias jurídico-procesales entre la llamada «prueba testimonial o testifical» y la «prueba pericial». En otras palabras, la información experta que entra en el proceso y, con ello, en conocimiento del juzgador es mediante un *tercero*, situado en mejor posición que él, que le proporciona dicha información<sup>14</sup>. ¿En qué circunstancias, pues, estaría el juez justificado para adquirir información testimonial experta de ese tercero? Los criterios para ello dependen, a su vez, de los criterios que justifican las creencias o conocimientos *testimoniales* en general. Una relativamente reciente y muy interesante discusión en la epistemología entre dos posiciones, los reduccionistas y los no-reduccionistas, intentan responder a esta cuestión.

Y es, en esta discusión más general (no exclusivamente sobre el testimonio experto), donde cobra especial relevancia el artículo de Andrés PÁEZ, «Una aproximación pragmatista al testimonio como evidencia». Desde una perspectiva reduccionista, el autor considera que las reglas de inferencia y los mecanismos de adquisición de creencias son iguales para las creencias testimoniales como para las no-testimoniales, ofreciendo una justificación epistemológica de las creencias testimoniales y su aceptación deliberada, en contraposición a lo que llama el grado de confianza moral que la fuente inspira o la contradicción con las creencias personales.

#### 4. ELEMENTOS Y ESTÁNDARES DE PRUEBA

Una vez presentados ambos temas, y ya para finalizar, es necesario aludir a la coherencia entre los niveles probatorios, esto es, entre los criterios con los que se valoran cada uno de los elementos de juicio (*v. gr.* las pruebas periciales) y los criterios empleados para la toma de decisión (estándares de prueba), a la par que sus diferencias. Pareciera un tanto absurdo, o al menos una incom-

---

cos, lo que les ha llevado no sólo a seguir sin dar una respuesta medianamente clara al problema, sino a seguir planteándose la unicidad de la prueba pericial, en lugar de replantearse, por ejemplo, un modelo diferente para el perito de confianza del juez.

<sup>14</sup> Es aquí donde se hace más latente el gran desafío que representa la prueba pericial para el proceso judicial. Al menos un desafío para una concepción del proceso que presuponga que el juzgador de los hechos debe tener cierta *experiencia directa* con los hechos en materia de prueba; así, por ejemplo, en nuestra tradición representa un tipo de reto para la intermediación judicial, mientras en el *common law* se contraponen en cierta medida con la idea de ser juzgados por iguales con una cultura más bien promedio (los miembros del jurado).

patibilidad pragmática, buscar criterios impersonales o interpersonales para la valoración de los diversos elementos y luego terminar asumiendo estándares de prueba eminentemente subjetivos; una situación particularmente recurrente en el análisis de la prueba científica donde, por muy diversos motivos, se plantean fuertes exigencias de valoración para luego ceder ante estándares subjetivos.

Hasta aquí parece que no es osado concluir también que el análisis de las diversas cuestiones probatorias debe verse como un todo o, si se quiere, como una especie de redes temáticas que interactúan constantemente. Así pues, los *cambios* que se sugieran para alguno de los aspectos probatorios tendrán, sin duda, influencia en otras cuestiones de la actividad probatoria en su conjunto; y, a su vez, las *explicaciones* o descripciones de esta actividad se entenderán mejor o serán más exitosas en la medida en que se considere ese todo. Ambos tipos de proyectos (normativos y descriptivos) sobre la prueba judicial, en mi opinión, deberían ir acompañados de criterios epistémicos que consideren la disminución del error global en las decisiones judiciales, sin olvidarse, en todo caso, de cuestiones como las especificidades relevantes de prácticas jurídico-procesales concretas, el análisis adecuado de ciertas decisiones político-institucionales y, por supuesto, la necesidad de tener más información empírica sobre cómo están funcionando nuestros actuales sistemas de justicia.

Pues bien, en términos sumamente generales, es este contexto donde tienen lugar una serie de fructíferas discusiones teóricas sobre dos temas trascendentales en el ámbito probatorio: los estándares de prueba y la prueba científica. Las implicaciones que ambos tienen en la práctica jurisdiccional aconsejan su análisis cuidadoso, un análisis comprometido con el objetivo de la búsqueda de la verdad en el proceso judicial y, con ello, con la protección de los derechos de los ciudadanos. Este volumen tiene la pretensión no sólo de presentar posturas y argumentos sobre esos temas, sino de invitar al debate de los mismos.

Girona, diciembre de 2012

I

**LA PRUEBA ES LIBERTAD, PERO NO TANTO:  
UNA TEORÍA DE LA PRUEBA  
CUASIBENTHAMIANA \***

Jordi FERRER BELTRÁN  
Universitat de Girona

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de estudio de la prueba, Jeremy BENTHAM es considerado uno de los principales precursores de la denominada tradición racionalista (especialmente en el mundo anglosajón, claro). Es más, se ha considerado, con razón, que la teoría benthamiana «constituye la más ambiciosa y completa teoría de la prueba en la historia del pensamiento jurídico» (TWINING, 1994: 39). Por ello, resulta de gran importancia hacer las cuentas con el pensamiento de BENTHAM si se quiere abordar el estudio de los problemas probatorios en el derecho.

No es mi intención, sin embargo, entrar en disquisiciones acerca de la mejor reconstrucción que pueda darse de ésta o aquella tesis del autor; tampoco iniciar un debate con intérpretes más autorizados que yo de su pensamiento. La modesta pretensión de este trabajo es reevaluar un aspecto muy específico de la teoría de la prueba propia de la tradición racionalista para el que BENTHAM puede ser llamado en causa como precursor: la idea de que la prueba

---

\* Agradezco los muy útiles comentarios de Susan HAACK, Larry LAUDAN, Giovanni B. RATTI y Carmen VÁZQUEZ.



debe ser fundamentalmente libre y que cualquier interferencia del derecho procesal en ella debería ser limitada o eliminada. BENTHAM elabora una teoría prescriptiva de la prueba o, aún mejor para lo que nos importa, una teoría prescriptiva del derecho de la prueba, que es una parte más de su teoría general del derecho (KEETON y MARSHALL, 1948: 83; TWINING, 1985: 19-25; MORESO, 1992: 354).

La premisa básica de la que parte es simple y clara: la finalidad de la prueba en el proceso judicial es la averiguación de la verdad sobre lo ocurrido (BENTHAM, 1827: 337; MORESO, 1992: 354; TWINING, 1985: 27, y 1994: 38). Aunque, por supuesto, esta asunción de partida puede ser y ha sido muy discutida, creo que debe ser admitida salvo que se esté dispuesto a pagar altos costes en la reconstrucción del derecho (FERRER, 2005: 55 y ss.). El objetivo de la averiguación de la verdad deriva, por otro lado, de la asunción por parte de BENTHAM de que la finalidad fundamental del derecho procesal es la de ser garantía de la correcta aplicación del derecho sustantivo (BENTHAM, 1827: 17-19). Finalidad que, a su vez, se divide en la necesidad de una doble garantía: asegurar que *todos* los infractores del derecho sean sancionados y que sólo *ellos* lo sean<sup>1</sup>. Y esto supone, evidentemente, la necesidad de que lo que se declare probado en el proceso coincida con la verdad de lo ocurrido: esto es, que los enunciados declarados probados sean verdaderos y los enunciados falsos no se declaren probados.

Siendo éstos los objetivos, queda por determinar la metodología adecuada para alcanzarlos. Y en este aspecto, BENTHAM es extraordinariamente crítico con el derecho probatorio de su época (críticas en buena medida aplicables a nuestros sistemas procesales actuales). Para BENTHAM, la mejor forma de alcanzar ese objetivo es mediante una metodología o sistema «natural» de conocimiento (TWINING, 1985: 47-52, y 1994: 39-41; HART, 1982: 32; POSTEMA, 1986: 344 y ss.), propia del sentido común y de la epistemología general (BENTHAM, 1827: 344), y no a través del denominado derecho probatorio que, en la Inglaterra de su época, estaba formado básicamente por un conjunto de reglas de exclusión que limitaban las posibilidades de conocimiento. Es más, BENTHAM (1838-1843, vol. 4: 334) considera que la justicia es algo bastante simple, «es lo mismo para un hombre que para otro: sólo los legisladores, aconsejados por los abogados, la han complicado y hecho trizas». Resulta tan simple que el mejor método para administrar justicia es el que él denomina modelo doméstico, propio del «paterfamilias» en el trato de los hijos. Por ello, lo mejor que podría hacer el derecho en materia de prueba es callar, dejando reinar al principio general de la libertad probatoria (*free proof*)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> POSTEMA, 1986: 343, quien cita, a su vez, los *Bentham Manuscripts in the University College, London Library*.

<sup>2</sup> En este sentido, sostiene TWINING que el derecho probatorio angloamericano de los dos últimos siglos puede ser entendido como un serie de excepciones al principio general de *free proof*, de inspiración thayeriana. Véase TWINING, 1994: 196. Véase también DAMAŠKA, 1997: 149.